

Правовые основания капитализма



Джон Р. Коммонс

СЕРИЯ

ЭКОНОМИЧЕСКАЯ

ТЕОРИЯ

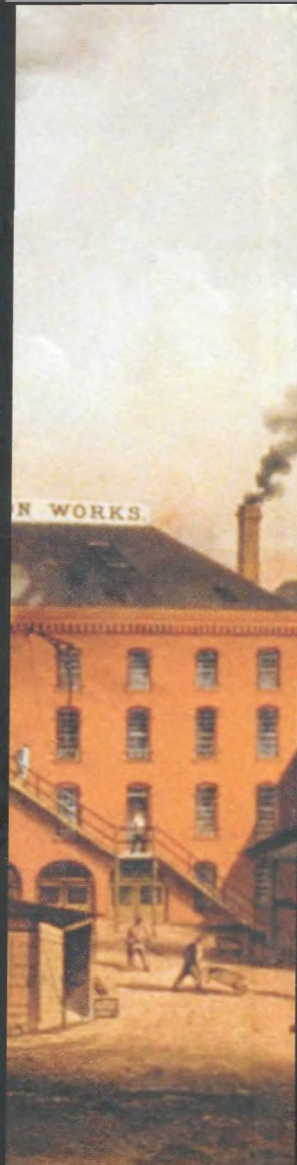
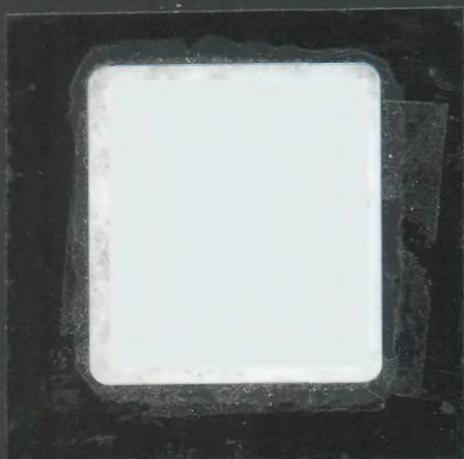
ВЫСШАЯ

ШКОЛА

ЭКОНОМИКИ

Джон Р. Коммонс

Правовые
основания
капитализма



В Ы С Ш А Я

Ш К Д Л А

ЗКДН □ М И К И

С Е Р И Я

Э К О Н О М И Ч Е С К А Я

Т Е О р И Я

LEGAL FOUNDATIONS OF CAPITALISM

JOHN R. COMMONS

The Macmillan Company

NEW YORK, 1924

ПРАВОВЫЕ ОСНОВАНИЯ КАПИТАЛИЗМА

ДЖОН Р. КОММОНС

Перевод с английского
АЛЕКСЕЯ АППОЛОНОВА
АЛЕКСАНДРА МАРКОВА
под редакцией
МАРИНЫ ОДИНЦОВОЙ



*Издательский дом
Высшей школы экономики*

МОСКВА, 2011

УДК 330.837.1

ББК 65.02

К63

Составитель серии

ВАЛЕРИЙ АНАШВИЛИ

Дизайн серии

ВАЛЕРИЙ КОРШУНОВ

Научный редактор

кандидат экономических наук, доцент,

заместитель заведующего кафедрой институциональной экономики

факультета экономики НИУ ВШЭ

МАРИНА ОДИНЦОВА

Коммонс, Дж. Р.

К63 Правовые основания капитализма [Текст] / пер. с англ. А. Апполонова, А. Маркова; под ред. М. Одинцовой; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». — М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2011. — 416 с. — (Экономическая теория). — 1000 экз. — ISBN 978-5-7598-0781-0 (в пер.).

Это классическая работа основателя «висконсинской школы» институционализма Джона Р. Коммонса (1862-1945). В ней предложен теоретический анализ возникновения и эволюции торговой и индустриальной системы американского капитализма на протяжении нескольких столетий в результате «волюнтаристического» отбора действующих норм, осуществлявшегося прежде всего судами. На обширном эмпирическом и историческом материале показывается значимость правовых вопросов для экономической теории.

УДК 330.837.1
ББК 65.02

ISBN 978-5-7598-0781-0

© 1924 by THE MACMILLAN
COMPANY

© Перевод на рус. яз., оформление.
Издательский дом Высшей школы
экономики, 2011

СОДЕРЖАНИЕ

| | |
|--|-----|
| ПРЕДИСЛОВИЕ | 8 |
| I. МЕХАНИЦИЗМ, ОГРАНИЧЕННОСТЬ РЕСУРСОВ, ДЕЙСТВУЮЩИЕ НОРМЫ..... | 10 |
| II. СОБСТВЕННОСТЬ, СВОБОДА И ЦЕННОСТЬ | 20 |
| 1. ПОТРЕБИТЕЛЬНАЯ ЦЕННОСТЬ И МЕНОВАЯ ЦЕННОСТЬ..... | 20 |
| 2. ВОЗМОЖНОСТЬ И ОБРЕМЕНЕНИЕ..... | 31 |
| 3. ВЛАСТЬ..... | 38 |
| 4. ЭКОНОМИКА | 47 |
| III. ФИЗИЧЕСКАЯ, ЭКОНОМИЧЕСКАЯ И МОРАЛЬНАЯ ВЛАСТЬ..... | 59 |
| IV. СДЕЛКИ..... | 78 |
| 1. СТОРОНЫ..... | 78 |
| 2. ИСПОЛНЕНИЕ, УКЛОНЕНИЕ, ВОЗДЕРЖАНИЕ | 82 |
| 3. РЕАЛЬНОЕ, ВОЗМОЖНОЕ, ВЕРОЯТНОЕ, НЕВОЗМОЖНОЕ | 92 |
| 4. УЗАКОНЕННЫЕ СДЕЛКИ..... | 96 |
| 5. ИМПЕРАТИВНЫЕ СДЕЛКИ..... | 115 |
| 6. ДЕЙСТВУЮЩИЕ НОРМЫ..... | 152 |
| V. ДЕЙСТВУЮЩИЕ ПРЕДПРИЯТИЯ..... | 161 |
| 1. ДЕЙСТВУЮЩИЕ НОРМЫ ПОЛИТИЧЕСКИХ, ПРОМЫШЛЕННЫХ И КУЛЬТУРНЫХ ПРЕДПРИЯТИЙ | 161 |
| 2. СПОСОБНОСТИ И ВОЗМОЖНОСТИ..... | 171 |
| 3. АКТИВЫ И ПАССИВЫ..... | 176 |
| 4. ОЦЕНКА, ПРОПОРЦИОНАЛЬНОЕ РАСПРЕДЕЛЕНИЕ И ОПРЕДЕЛЕНИЕ ВМЕНЕННОЙ ЦЕННОСТИ..... | 184 |
| 5. ПРАВИЛО ЕДИНСТВА..... | 191 |
| 6. ДЕЙСТВУЮЩЕЕ ПРОИЗВОДСТВО И ДЕЙСТВУЮЩИЙ БИЗНЕС..... | 201 |

| | |
|---|------------|
| VI. СОГЛАШЕНИЕ О РЕНТЕ — ФЕОДАЛИЗМ | |
| И ПОТРЕБИТЕЛЬНАЯ ЦЕННОСТЬ..... | 235 |
| VII. СОГЛАШЕНИЕ О ЦЕНЕ — КАПИТАЛИЗМ | |
| И МЕНОВАЯ ЦЕННОСТЬ..... | 247 |
| 1. ОБЩЕЕ БЛАГО..... | 247 |
| 2. НЕМАТЕРИАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ — ОБРЕМЕНЕНИЯ..... | 257 |
| 3. НЕМАТЕРИАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ — ВОЗМОЖНОСТИ..... | 269 |
| VIII. СОГЛАШЕНИЕ О ЗАРАБОТНОЙ ПЛАТЕ — | |
| ИНДУСТРИАЛИЗМ..... | 306 |
| 1. ИНДИВИДУАЛЬНОЕ СОГЛАШЕНИЕ..... | 306 |
| 2. ОБЪЕДИНЕННЫЕ ЛИЦА И ОБЪЕДИНЕННАЯ СОБСТВЕННОСТЬ . . . | 311 |
| 3. ОБЫЧАИ И ЗАКОН..... | 322 |
| 4. ИНДУСТРИАЛЬНОЕ УПРАВЛЕНИЕ | 330 |
| IX. ОБЩЕСТВЕННАЯ ЦЕЛЬ | 337 |
| 1. ПРЕДПРИЯТИЯ И ПОЗИЦИИ | 337 |
| 2. КЛАССИФИКАЦИЯ..... | 345 |
| 3. ДЕЙСТВУЮЩИЕ НОРМЫ ПРЕДПРИЯТИЯ..... | 356 |
| 4. ДОЛЖНАЯ ПРОЦЕДУРА МЫШЛЕНИЯ | 367 |
| 5. УСМОТРЕНИЕ | 378 |
| 6. ЭКОНОМИЧЕСКАЯ ТЕОРИЯ ДЕЙСТВУЮЩЕГО ПРЕДПРИЯТИЯ | 385 |

**Моему другу
Чарльзу Р. Крейну**

1990

ПРЕДИСЛОВИЕ

Цель этой книги — представить эволюционную и бихевиористскую, или, вернее, волюнтаристскую, теорию ценности. Я начал работу над этой теорией тридцать пять лет назад в Университете Джонса Хопкинса под руководством Ричарда Т. Илая, моего учителя, который вдохновил меня на этот труд.

Тридцать лет назад я опубликовал книгу под названием «Распределение богатства», в которой попытался соединить несоединимое: гедонистическую психологию Бем-Баверка и юридические права и общественные отношения, которые он сам проанализировал, а затем исключил из своей знаменитой работы по психологической теории ценности. Впоследствии мне представились разнообразные возможности для исследования проблем труда и проблем, связанных с регулированием и оценкой предприятий коммунального хозяйства. Благодаря этому я мог затем подвергнуть проверке экономические и правовые теории, работая над законопроектами в законодательном комитете штата Висконсин.

Именно этот опыт, разделенный со мной и моими студентами, непосредственно обусловил постановку теоретических проблем данной книги. Мы должны были изучать постановления судов, если хотели, чтобы новые законы соответствовали Конституции, и эти исследования подвели нас к главному вопросу: что суды подразумевают под «обоснованной ценностью»? Ответ был, так или иначе, связан с «разумным поведением». Никто из нас не нашел в работах экономистов ничего существенного по этой теме; только работы профессора Илая освещали данный предмет. Из решений судов следовало, что надлежит поддерживать все «обоснованное» и «разумное», а потому мы должны были использовать слова «обоснованная ценность», «разумная безопасность», «обоснованная зарплата» и обеспечивать «разумное поведение» частных и официальных лиц, независимо от того, знали ли мы, что означают эти термины, или нет.

Начиная с 1895 г. я читал великолепную критику Веблена, обращенную против теорий классических, социалистических и психологических экономистов, и был в курсе его идей о том, что эволюционная теория ценности должна исходить из привычек и традиций общественной жизни. Однако Веблен не изучал судебные решения, основанные на этих традициях, а потому я вместе с моими студентами занялся извлечением непосредственно из судебных постановлений (за период в несколько сотен лет) бихевиористской теории ценности, над которой работали суды. Задача была сложной, поскольку мы пытались согласовать идеи экономистов от Кенэ до Касселя и юристов от Коука до Тафта. В конце кон-

цов мы поняли, что на самом деле мы работали не столько над теорией обоснованной ценности, сколько над самими правовыми основаниями капитализма.

Настоящий труд является в основе своей теоретическим, он оперирует понятием¹, заимствованными из решений английских и американских судов, хотя при этом не упускаются из вида понятия ведущих экономистов от физиократов до современности. В следующей работе я планирую критически рассмотреть эти теории экономистов и выйти на проблематику практического приложения теории обоснованной ценности к текущим проблемам.

В ходе этих исследований для меня оказались крайне важными помощь и критика следующих моих коллег: Уэсли К. Митчелла из Колумбийского университета, Артура Л. Корбина с факультета права Йельского университета, Уильяма Х. Пэйджа из Школы права Университета Висконсин

Дж. Р. Коммонс

Университет Висконсина,

июль 1923 г.

І. Механицизм, ограниченность ресурсов, действующие нормы

Экономическая теория работает с двумя понятиями: «ценность» и «экономика». Абстрактные рассуждения, касающиеся этих понятий, основываются в конечном счете на математических понятиях «количество», «время» и «энергия». Эти три понятия неотделимы друг от друга, поскольку количество и время являются измерениями энергии. Количественные отношения энергии, обычно обозначаемые термином «статика», вводят проблематику отношения части и целого, а временные отношения, обычно обозначаемые термином «динамика», являются отношениями процесса, который соединяет прошлое, настоящее и будущее.

Ценность и экономика различаются как два количественных отношения частей и целого. Целое всегда является функцией своих частей, однако оно может быть *суммой* частей, а может быть их *произведением*. Первое — это количественное понятие ценности; второе — количественное понятие экономики. «Фонд ценности» — это сумма ценностей всех частей, составляющих целое. Определенное качество, которое мы называем «ценностью», отвлекается от других качеств товаров и измеряется в деньгах в виде цен, а эти последние затем суммируются, так что сумма частей является суммой некоего *однородного* качества всех частей.

Экономика, однако, является комбинацией частей, которые обладают *неоднородными* качествами, но тем не менее комплементарны по отношению друг к другу таким образом, что один тип энергии воздействует на другой, и результат получается *большим* (или даже *меньшим*), чем простая сумма, — сообразно правильной или неправильной пропорции, в которой соединяются эти ограничивающие и комплементарные части. Ценность — сумма однородных ценностей; экономика — соединение в определенной пропорции ценностей неоднородных.

Эти два количественных отношения частей к целому обнаруживаются в экономической теории повсеместно. Сумма индивидов составляет целое народонаселения, но общество есть соединение в определенной пропорции разных видов деятельности различных индивидов. Сумма цен составляет целое имущественных активов предприятия, но действующее предприятие — это объединенные в определенной пропорции

земля, труд, капитал и управление. Заработная плата является суммой денег, которые выплачиваются за определенное время или количество труда, но работа — объединенные в определенной пропорции различные виды деятельности, направленные на получение заработной платы. Сумма цен всех товаров составляет номинальный валовой продукт государства, но спрос и предложение — это пропорция, сложившаяся между одним товаром и всеми прочими.

Понятие «хорошей» или «плохой» экономики настолько самоочевидно, а его психологический эквивалент (чувство «годности» или «негодности», которое есть «здравый смысл», или «благоразумие», или даже всего лишь привычка или укоренившийся обычай) настолько четко проявляется при любом действии, что в истории экономической мысли «хорошая экономика» (которая является не более чем правильной пропорцией частей) нередко естественным образом воспринималась как некая сущность, пребывающая вне или выше своих частей, или же возвышалась до таковой сущности. В самом деле, разве это не удивительная и благословенная вещь, что целое должно быть больше своих частей? И как части могут быть больше, чем их сумма, — разве что благое божество или «закон природы» организовали их сообразно принципам гармонии? Тем не менее признаком прогресса, имевшего место в экономической теории со времен Кенэ и Адама Смита, был сдвиг в понимании «хорошей» и «плохой экономики»: от рассмотрения метафизических сущностей (таких как гармония природы, естественный закон, природный порядок, естественные права, Божественное Провидение, всеобщая душа, невидимая рука, воля общества, общественная рабочая сила, общественные ценности, тенденция к равновесию сил и т.п.) к подлинному смыслу — хорошему или плохому, верному или неверному, мудрому или глупому определению самим человеком пропорций тех человеческих способностей и природных ресурсов, количество которых ограничено и которые комплементарны по отношению друг к другу.

Еще один сопутствующий названному признак прогресса в экономической теории заключается в изменении точки зрения на временное измерение ценности и экономики. Ранние экономисты находили «причину» и «субстанцию» ценности в сбереженной энергии прошлого (будь то «жизненная сила» Кенэ или «рабочая сила» Рикардо и Маркса). Затем пришли создатели экономики гедонизма, которые обнаружили ценность в удовольствиях и страданиях настоящего (которым, возможно, приходится на помощь механизм расчета будущего), а более поздние теории находили ценность в надеждах, страхах, возможностях и ограничениях в будущем, зависящих от воли лица, существующего в настоящем. Прогресс заключался в движении от «действующих причин», влияющих на настоящее из прошлого, к «целевым причинам», берущим начало в на-

мерениях и планах на будущее и направляющим поведение в настоящем. В то время как более ранние теории были количественными теориями ценности и экономики, более поздние были теориями ожидания.

Эти изменения в понятиях количества и времени сопровождались изменениями в понятии самой энергии, которая является «субстанцией» ценности и «причиной» экономики. Более ранние теории старались не касаться воли человека, поскольку она рассматривалась как нечто субъективное, непостоянное, неподвластное законам, — а потому экономика должна быть сведена к естественно-научному знанию, уподобиться химии, физике или физиологии. Она должна быть теорией товаров и механизмов, а не теорией воли. Но с увеличением знаний о человеческой воле благодаря развитию наук о человеке (психологии, этики, правоведения и политологии) волю стали обнаруживать не столько в непознаваемых прихотях, сколько в человеческом поведении, и это самое поведение начало описываться при помощи соответствующих естественных законов.

Эти многочисленные науки о человеческой природе предоставляют все больше и больше оснований для экономической теории, которая имеет дело как с физической, так и с человеческой природой. В одном направлении экономика является отношением человека к природе; в другом — отношением человека к человеку. Первое — это инженерная экономика; второе — это экономика бизнеса и политическая экономия. Инженерная экономика дает нам теории производства, обмена и потребления богатства; экономика бизнеса и политическая экономия предоставляют различные теории, соотносящиеся с различными областями знания. Теории психологии имеют дело с отношениями человека как к природе, так и к человеку: к его чувствам, разуму и воле, к способам убеждения и принуждения, господства и подчинения. Все это неотделимо от науки о нравах, или этики, которая занимается благим и дурным, добродетельным и порочным, правильным и неправильным использованием человеком как природы, так и других людей. Это ведет к юриспруденции, которая рассматривает как права, обязанности и свободы, связанные с собственностью, так и полномочия и ответственность верховной власти, что опять-таки является отношением человека к человеку. И наконец, политология имеет дело с массовыми движениями и психологией масс, которые определяют, устанавливают и навязывают частные права и должностные обязанности в соответствии с понятиями, относящимися к этике, политике и экономике.

Таким образом, экономическая теория включается в другие теории человека и природы или же воспринимает определенные общепринятые понятия, к этим теориям относящиеся. Ранние экономисты, среди которых наиболее выдающимися теоретиками были Кенэ, Смит, Рикардо, Карл Маркс и Прудон, начинали с отношения человека к природе (или

с инженерной экономики) в форме товаров, которые производятся, обмениваются и потребляются. Но рассмотрение этих товаров затрагивало — явно или неявно — определенные понятия, относящиеся к человеческой природе (например, понятия потребительной ценности, пользы, ограниченности ресурсов, меновой ценности, труда, сбережений, ожидания, частной собственности, свободы, правительства и экономики), отношение к которым разделило этих «физических», или «технологических», экономистов на различные школы — физиократов, классиков, социалистов и анархистов.

После них (или — одновременно с ними) возникает школа гедонистов, или школа гедонистической экономики (среди наиболее выдающихся представителей которой можно назвать Бентама, Сениора, Госсена, Джевонса, Менгера, Вальраса, Бем-Баверка, Кларка), занимавшаяся субъективной стороной экономической теории. Ее отправным пунктом был не товар, но чувство удовольствия или страдания, удовлетворенности или потери, при том, что эти чувства, в конце концов, оказывались товарами. И хотя более поздние представители гедонистической школы при помощи принципа убывающей предельной полезности смогли истолковать понятие ценности как функции экономики, тем не менее их индивидуалистический подход требовал определенных (явных или неявных) концепций этики, закона, частной собственности, свободы, общества, правительства — концепций, которые гедонисты либо воспринимали как данность, без всякой рефлексии, либо избегали как «неэкономических» или «антиэкономических», либо возвышали до уровня сущностей типа «социальной ценности» или «фонда ценности».

Эти два класса теорий мы обозначим как «механистические теории» ценности и стоимости, поскольку они обращались к естественным наукам для построения своих моделей экономической теории и опирались в своих хрещениях на то, что можно назвать «принципом механицизма». Наконец, еще один класс теорий, который мы обозначим как «волюнтаристические теории» (среди создателей которых можно назвать Юма, Мальтуса, Кэри, Бастиа, Касселя, Андерсона и, прежде всего, Верховный суд США), начинает не с товаров или чувств, но с намерений относительно будущего, которые проявляют себя в правилах поведения, руководящих сделками, обуславливающими возникновение прав, обязанностей, свобод, частной собственности, правительства и объединений. Это — имеющие место между людьми взаимные обещания и угрозы, явные или неявные, устанавливающие границы человеческого поведения при социальных и экономических сделках. Вместо товара или чувства объектом изучения этой школы становится сделка между двумя (или более) лицами, планирующими свое будущее. Для нее характерны теория человеческой воли-в-действии (will-in-action) и теория ценности и экономики как отношения:

частично — между человеком и природой, но преимущественно — между человеком и человеком; частично — отношением количеств, а частично — ожиданий, зависящих от будущих количеств.

Между тем этические, философские и психологические, равно как и экономические, теории вплотную приблизились к волюнтаристической теории. Психология стала «бихевиористской», философия и этика — «реалистическими» и «прагматистскими», а экономика — историчестской, экспериментальной и идеалистической — в той мере, в какой она имеет дело с прошлыми, настоящими или будущими (надеясь на них или опасаясь) сделками, равно как и с товарами и чувствами. В самом деле, сделки стали местом встречи экономики, физики, психологии, этики, юриспруденции и политологии. Отдельная сделка — это объект изучения, который очевидным образом включает в себе все это, ведь сделка — это отдельные человеческие воли, которые в мире с ограниченными ресурсами и механическими силами выбирают альтернативы, преодолевают сопротивление, соединяют человеческие и природные ресурсы; воли, увлеченные обещаниями или предостережениями по поводу полезности, симпатией, долгом или тем, что им противоположно; воли, усиленные или ограниченные и остающиеся беззащитными вследствие действий правительственных должностных лиц, коммерческих компаний или профсоюзов, которые истолковывают и защищают права, обязанности и свободы граждан, так что индивидуальное поведение соответствует или не соответствует коллективному поведению нации, политики, бизнеса, труда, семьи и всех прочих коллективных движений.

Таким образом, экономическая теория начинается с товара как с элементарного научного объекта и затем смещается в сферу чувств — для объяснения сделки, которая и является ее подлинной проблемой.

В основании всех этих концепций товаров, чувств и сделок лежат определенные объяснительные принципы, которые теоретики либо принимали открыто, либо рассматривали как данность — в соответствии со своим складом ума или сообразуясь с интеллектуальной средой той эпохи, в которой они работали. Эти принципы могут быть охарактеризованы как «принцип механицизма», «принцип ограниченности ресурсов» и «принцип действующих норм предприятия». Принцип механицизма, установленный сэром Исааком Ньютоном, стал объяснительным принципом не только для всех физических наук, но также для биологии, физиологии и наук о человеке — психологии, этики, правоведения, экономики и политологии. Постепенно, однако, принцип ограниченности ресурсов, который всегда принимался как данность, но не всегда четко формулировался, начал указываться наравне с принципом механицизма. Первыми здесь были Давид Юм и Роберт Мальтус; позже этот принцип был распространен Дарвином на биологию, а Госсеном, Джевансом

и представителями гедонистической экономической теории — на психологию и экономику.

Принцип ограниченности ресурсов не изменил существенным образом тот склад ума, который опирался на принципы механицизма: скорее он придал последним более четкую формулировку в теориях предельной полезности. Так было потому, что «товары» и «чувства» являлись понятиями, соотносившимися с потребностями и усилиями скорее отдельных людей, нежели групп и объединений индивидов, а потому теории могли вырабатываться на основе механистических принципов Адама Смита — индивидуализма, эгоизма, разделения труда, товарообмена, равноправия, подвижности, свободы, а также Божественного Провидения, которое направляет индивидов к тому, чтобы приносить пользу друг другу, даже если они и не имеют такого намерения.

Однако более поздние теории должны были принимать во внимание выход на сцену корпораций, профсоюзов, добровольных объединений всех типов (в Америке, по некоторым данным, их насчитывалось 25 000 только в сфере бизнеса), равно как и вмешательство государства (через налогообложение* регулирующую власть и контроль над законными платежными средствами). Соответственно более поздние теории занялись тем, что можно — в самом широком смысле слова — обозначить как «действующие нормы предприятия». Эти правила принимают множество форм и называются различными именами: таковы, например, «общее право», «статутное право», «цеховые правила», «деловая этика», «методы ведения бизнеса», «нормы поведения» и т.д. — все то, что вышеназванные управляющие или регулирующие группы объединившихся между собой индивидов постановили считать руководством при сделках.

Следовательно, в последнее время в экономическую теорию включаются не только принципы механицизма и ограниченности ресурсов, которые воспринимались как складывающиеся сами собой автоматически (через товары, чувства и эгоизм индивидов) и на благо людей, но и принципы коллективного контроля над сделками со стороны объединений и правительств, ограничивающие эгоизм. Действительно, для направления и ограничения индивидов в их сделках действующая норма утверждает четыре поведенческие категории. Она указывает, что индивиды *должны* или *не должны* делать (принуждение или обязанность), что *им позволено* делать без вмешательства со стороны других индивидов (разрешение или свобода), что они *могут* делать при помощи коллективных сил (правоспособность или право), а также то, в чем они *не могут* ожидать поддержки со стороны коллективных сил (неправоспособность и незащищенность). Коротко говоря, действующие нормы объединений и правительств, если рассматривать их с позиции индивида, являются ис-

точником его прав, обязанностей и свобод, равно как и его уязвимости со стороны защищенных свобод других индивидов.

Эти изменения от механицизма к ограниченности ресурсов, а затем — к действующим нормам, рассматриваемым в качестве базовых принципов экономики, оказали сильнейшее влияние на концепцию собственности, изменяя эту концепцию от принципа исключительного владения физическим объектом для частного использования самим владельцем в принцип контроля над ограниченными ресурсами, в которых нуждаются другие для того, чтобы использовать их в своих интересах, и, таким образом, в концепцию нематериальной и невещественной собственности, возникающей исключительно на основании положений закона, контролирующего сделки. В американской юриспруденции данное изменение поступательно происходило с 1872 по 1897 г. и заключалось в изменении Верховным судом США определений терминов «собственность», «свобода» и «должная правовая процедура», используемых в Четырнадцатой поправке к Конституции.

Как правовая, так и экономическая теория современности основывала свои толкования сперва на ньютоновском принципе механицизма, затем на мальтузианском принципе ограниченности ресурсов и, наконец, на юридических принципах общих правил, которые как ограничивают, так и расширяют пространство для индивидуальных волей в мире механических сил и ограниченности ресурсов. Поскольку сделки являются экономическими единицами, а действующие нормы — принципами, на основании которых Верховный суд США вырабатывал свои теории собственности, суверенной власти и ценности, а также поскольку этот суд занимал совершенно уникальную в мировой истории позицию, обладая высшими властными полномочиями в сфере политической экономики, мы должны начинать с теории собственности, свободы и ценности, разработанной этим судом. В самом деле, преимущественно этой теорией руководствуется современный бизнес, и ее же придерживаются американские законодательные и исполнительные органы, а также суды низшей инстанции, в соответствии с Конституцией Соединенных Штатов, которая, согласно последующим толкованиям Верховного суда, запрещает лишать собственности, свободы или ценности без должной правовой процедуры или равной для всех защиты закона¹.

¹ Пятая поправка (1791), касающаяся федерального правительства: Никакое лицо «не должно лишаться жизни, свободы либо собственности без должной правовой процедуры; частная собственность не должна изыматься для общественных нужд без справедливого возмещения». Четырнадцатая поправка (1868), касающаяся правительств штатов: «Ни один штат не может лишить какое-либо лицо жизни, свободы или собственности без должной правовой процедуры либо отказать какому-либо лицу в пределах своей юрисдикции в равной для всех защите закона».

В то время как экономисты начинают с товара или с чувства индивида в отношении товара, суд начинает со сделки. Его элементарный объект исследования — не индивид, но два или более индивидов (истец и ответчик), являющихся разными сторонами одной или более сделок. Товары и чувства, конечно, вовлечены во все сделки, но они тем не менее являются предварительными условиями, сопутствующими элементами или результатами сделок. Сделка есть две или более воли, которые дают, берут, убеждают, принуждают, обманывают, приказывают, подчиняются, соревнуются и управляют в мире ограниченных ресурсов, механизма и правил поведения. Суд имеет дело с волей-в-действии. Как для современного физика или химика элементарным объектом является не атом, но электрон, всегда пребывающий в движении, так и для суда элементарным объектом является не индивид, но два или более индивидов в действии. Суд всегда схватывает их только в движении. Их движение есть сделка.

Сделка совершается в некий момент времени. Но сделки переходят одна в другую в течение определенного периода времени, и этот переход есть процесс. Суды полностью разработали понятие этого процесса в концепции «действующего предприятия», которую они позаимствовали из сферы предпринимательской деятельности; «действующее предприятие» является не чем иным, как технологическим процессом производства и потребления физических вещей и коммерческим процессом покупки и продажи, заимствования и кредитования, отдачи приказаний и подчинения в соответствии с цеховыми правилами, действующими нормами или законами страны. Физический процесс можно назвать «действующим производством»; предпринимательский процесс — «действующим бизнесом», а оба они конституируют «действующее предприятие», возникающее из взаимоотношений с силами природы по принципам действия и противодействия и сделок между людьми, которые заключаются в соответствии с принятыми правилами.

Таким образом, экономическая теория в своем развитии двигалась от товаров к чувствам и, наконец, к процессу, а также от принципов механизма к принципам ограниченности ресурсов и, наконец, к принципам действующих норм, определяющих поведение индивидов. «Ценность» и «экономика» становятся отглагольными существительными: «ценность» становится «оцениванием», а «экономика» — «экономией». «Экономия» становится функционированием правил поведения в рамках национального государства или коммерческой компании. Сделка является единицей, выхваченной из процесса для досконального изучения. «Ценность» и «экономика» превращаются в миллионы людей, оценивающих и экономящих посредством миллиардов сделок, заключающихся в соответствии с бесчисленным количеством действующих норм в течение периода времени, не имеющего ни начала ни конца. Мнурматмчргк-мр

понятия дедукции становятся статистическими понятиями количества и времени, взаимосвязей, возможностей, задержек и прогнозов, отражая миллиарды оценок в миллиардах сделок, вновь и вновь приводящих в движение ту энергию, которую мы называем «волей», в пределах, установленных общепринятыми правилами поведения.

Этот процесс обладает тремя атрибутами, которые дают нам три значения «ценности», каждый из которых в отдельности становился объектом особого внимания разных школ экономики. «Ценность» обладает субъективным, или волюнтаристическим, значением *ожидания*, которое может быть обозначено как *психологическая ценность* и является движущей силой. Далее, «ценность» обладает объективным значением произведенного, обмененного и потребленного *товара*, которое может быть обозначено как *реальная ценность*. Наконец, «ценность» обладает поведенческим значением *цены*, которое возникает в сделках купли-продажи, предоставления кредита и найма в терминах стандартов мер и весов, предписываемых действующими нормами, и которое может быть названо *номинальной ценностью*.

Система цен подобна системе слов или системе чисел. Слова, цены и числа номинальны, а не реальны. Они суть знаки и символы, необходимые для действия норм. Кроме того, каждая из этих систем является единственным эффективным средством, при помощи которого люди могут четко и без риска взаимодействовать друг с другом по поводу реальных вещей. Но все они не свободны от неясности и риска. Слова обманывают, если они не передают те смыслы, которые в них вложены; числа лгут, если они не отображают реальные количества; цены подвергаются инфляции или дефляции, если они не соотносятся с курсом реальной ценности. Каждая сделка обладает этими тремя аспектами оценивания. Она есть встреча воли, передача товаров и определение цен на эти товары. Таким образом, сделка является собранием психологической, реальной и номинальной ценностей. Суды в своих решениях пытаются, принимая постановления, сделать так, чтобы номинальная ценность, или цена, представляла (насколько это вообще возможно на практике) психологическую ценность, или ожидание, и реальную ценность, или количество товаров и услуг. Их целью является приближение к «обоснованной ценности».

Однако суд не покрывает все целое воли-в-действии. Индивиды имеют дело с силами природы и с другими лицами. Взаимоотношение с силами природы можно разделить на действие и противодействие, так что поведение индивидов подразделяется на два следующих типа операций: действие и взаимодействие с силами природы и сделки с другими лицами. Первое — это производство и потребление богатства; второе — покупка и продажа, заимствование и кредитование, аренда и сдача внаем, прием на работу и увольнение, обмен, конкурирование и управление.

Далее, сделку можно рассматривать с разных точек зрения, каждая из которых соотносится с другими, хотя получаемые результаты чрезвычайно разнятся. Во-первых, сделку можно рассматривать как активность одной из сил природы, например силы воли, действующей так же, как и прочие природные силы. В этом случае мы имеем физический, или механический, эквивалент воли-в-действии. Далее, сделку можно рассматривать как то, чему сопутствуют ожидание и воспоминания, которые суть ее психологический эквивалент. Эти ожидания можно рассматривать как то, что вызвано другими и побуждает других действовать или избегать действия, что дает нам эквивалент в социальной психологии. Эта социальная психология двух или более индивидов, в свою очередь, подвергается воздействию со стороны психологии масс, или коллективной психологии, что дает нам этические, правовые или политические основания для действующих норм. Наконец, как индивидуальная, так и коллективная психология являются адаптацией воли к принципу ограниченности ресурсов, и эта точка зрения дает нам экономический эквивалент сделок и действующих норм. Слова, которые выражают один порядок феноменов, получают оттенок смыслов, проецируемых другими порядками. Мы просто рассматриваем один процесс под различными углами зрения, всегда наблюдая одну и ту же структуру, принимающую, однако, разные очертания, цвета и оттенки.

Таким образом, у нас имеются два понятия, с которыми работает экономическая теория, — понятия «ценность» и «экономика». Они неотделимы от материй, которые становились объектами исследования разных школ, а именно от товаров, чувств и сделок. Кроме того, имеются три базовых принципа, на которые опирается теория: принцип механизма, принцип ограниченности ресурсов и принцип действующих норм объединений, коммерческих компаний и правительств. Соответственно, начав с действующих норм, которые лежали в основе решений Верховного суда США, мы обнаружим производные от них экономическое и юридическое измерения, отбрасывающие тень на механическое, психологическое, этическое и политическое измерения.

II. Собственность, свобода и ценность

1. ПОТРЕБИТЕЛЬНАЯ ЦЕННОСТЬ И МЕНОВАЯ ЦЕННОСТЬ

В 1872 г. Верховный суд США открыл слушания по делам о скотобойнях¹, в ходе которых ему предстояло дать толкования словам «собственность» и «свобода», используемым в Конституции США. Тринадцатая поправка к федеральной Конституции, принятая в 1865 г., запрещала рабство и принудительный труд, за исключением случаев наказания за преступления, а Четырнадцатая поправка, принятая тремя годами позже, запрещала штатам «лишать какое-либо лицо жизни, свободы или собственности без должной правовой процедуры» и устанавливала сферу юрисдикции Федеральных судов. Законодательные власти Луизианы наделили некую корпорацию монополией на содержание скотобоен в Новом Орлеане и установили цены, которые другие мясники должны были платить за пользование скотобойнями. Последние через своих адвокатов заявили, что данный закон лишает их как собственности, так и свободы без должной правовой процедуры. Верховный суд разделился во мнениях. Если бы он признал, что «собственность» подразумевает меновую ценность, то, в соответствии с поправками, дело передавалось бы в Федеральный суд. Но если бы «собственность» подразумевала только потребительную ценность физических вещей, то суд не должен был бы вмешиваться в данную ситуацию. Судья Миллер от лица большинства заявил, что луизианский закон не был актом лишения собственности или свободы в том смысле, в каком эти термины употребляются в Тринадцатой и Четырнадцатой поправках. Он указал, что термин «свобода» следует понимать в соотношении с хорошо известной целью поправок, а именно с учреждением свободы от рабства и принудительного труда. Даже если признать, что термин «свобода» согласно его обыденному употреблению может подразумевать «гражданскую свободу», или право покупать и продавать, то и тогда названный аспект «свободы» не включен в тот смысл, в каком этот термин употребляется в Поправках. До принятия этих Поправок свобода граждан (личная, гражданская или экономическая) была по большей части в ведении штатов. Тринадцатая

¹ 16 Wall. 36. 1872 [Справочно-библиографический аппарат и отсылки в тексте на статьи или разделы / пункты документов воспроизводятся по оригинальному изданию. — *Примеч. ред.*].

и Четырнадцатая поправки передали в ведение федерального правительства защиту только тех аспектов понятия «свобода», которые относятся к свободе от рабства и принудительного труда. Все прочие аспекты «свободы» остались, как это было и ранее, в ведении штатов². Что же касается термина «собственность», используемого в Четырнадцатой поправке, то, по мнению Миллера, он сохранил свое значение, характерное для общего права: собственность — это физические вещи, находящиеся в исключительном владении для использования самим владельцем. Согласно Четырнадцатой поправке «собственность» подразумевает потребительную ценность, а не меновую. По словам Миллера, «ни при каком известном нам истолковании данного положения ограничения, наложенные штатом Луизиана на торговые операции мясников Нового Орлеана, не могут рассматриваться как лишение собственности в значении, подразумеваемом данным положением»³. Штат Луизиана не лишил мясников потребительной ценности их собственности — он лишил их меновой ценности.

Однако меньшинство судей возразило на это, что регулирующая власть (за которой они, конечно, признавали право на законных основаниях лишать в интересах общества лицо его свободы и собственности без соответствующего вознаграждения) должна была употребляться в данном случае без того, чтобы прибегать к образованию монополии исключительно при помощи регулирования — ради санитарных нужд города — деятельности всех мясников; ту же часть закона, которая подразумевала создание монополии, судейское меньшинство сочло лишением других мясников их свободы и собственности с последующей передачей монополисту. Затем эти судьи перешли к определению собственности и свободы, которые, таким образом, были отняты незаконно — не на основании должного употребления регулирующей власти, а благодаря предоставлению особых привилегий монополисту-забойщику. «Призвание» человека, его «занятие», «профессия», «труд» являются собственностью в той же мере, в какой и физические вещи, которыми он может владеть; «свобода» же подразумевает «право выбора» — право человека избирать призвание, занятие или профессию, избирать направление, в котором он будет трудиться. Судья Брэдли, представитель меньшинства, заявил, например, что «право выбора человеком своего призвания является существенной частью той свободы, которая является объектом защиты со стороны правительства, а, будучи избранным, призвание становится собственностью и правом человека... для людей право выбора является частью их свободы, а их занятие — их собственностью» (116, 122). Судья Филд, также представитель меньшинства, счел нужным из-

² 16 Wall. 69-73.

³ 16 Will. 81. f

менить значение термина «рабство» с «физического принуждения» на «экономическое принуждение». Он сказал: «Лицо, которому дозволено иметь только одно призвание, или профессию, и только в одной местности страны, не будет, в строгом смысле слова, находиться в положении раба, но, полагаю, никто не станет отрицать, что его труд будет принудительным... Принуждение, которое заставляет его трудиться — пусть даже и ради собственной выгоды — только в одном направлении или только в одном месте, является почти таким же насилием и нарушением его свободы, как и то принуждение, которое заставляет его трудиться ради выгоды или удовольствия других лиц, и в равной степени является элементом принудительного труда» (90). Таким образом, судья Филд определил рабство как физическое принуждение, а принудительный труд — как принуждение экономическое. Судья Свэйн, в свою очередь, заявил: «Собственность — это все то, что обладает меновой ценностью, а право собственности включает возможность владельца распоряжаться таковым по своему собственному усмотрению. Труд есть собственность и как таковой он заслуживает защиты. Право распоряжаться трудом является следующим по важности после права на жизнь и свободу» (127). Таким образом, судья Свэйн определил собственность как меновую ценность способности лица к труду, а свободу — как право реализовывать эту меновую ценность на рынке труда.

Эти определения «свободы» и «собственности» как меновой ценности, данные судейским меньшинством, оказались бесполезными в делах о скотобойнях. Большинство сохранило приверженность старому значению потребительной ценности. Двенадцать лет спустя муниципальные власти Нового Орлеана, действуя сообразно новой конституции штата, наделили другую компанию привилегиями, несовместимыми с привилегиями первого монополиста, нарушив тем самым его исключительное право. Соответственно в этот раз компания-монополист выступила против муниципалитета в качестве истца. Судейское большинство и теперь сохранило приверженность традиционным определениям собственности и свободы; при этом, однако, суд постановил, что как первый закон, в том виде, в каком он оспаривался ранее, так и новый закон, его отменяющий, являются случаями надлежащего употребления регулирующей власти⁴. Судьи Брэдли и Филд, согласившись с решением суда, одобрили его, однако на основании своих мнений, выраженных ранее в ходе слушания исходных дел о скотобойнях, и воспроизвели свою предшествующую позицию, согласно которой первый закон являлся нарушением прав на свободу и собственность. В течение предшествующего процесса несогласное меньшинство не приводило никаких ссылок на случаи употребления термина «собственность» в значении «профес-

⁴ Butchers' Union Co. v. Crescent City Co. III U.S. 746, 751. 1884.

сия», «занятие», «призвание» или «труд» некоего лица, ценность которого для владельца является меновой ценностью, хотя и утверждало, что термин «собственность» *должен* им обладать. Таким образом, в том, что касается конституционного значения термина «собственность», меньшинство ничего не могло противопоставить словам судьи Миллера о том, что он нигде и никогда не употреблялся в указанном смысле. Однако в ходе нового процесса представители меньшинства указали на истоки предложенного ими толкования. Судья Филд утверждал теперь, что такое значение собственности взято у Адама Смита, который писал, что «труд является собственностью каждого человека, как первичная основа всякой другой собственности, а потому он есть вещь наиболее священная и неприкосновенная»⁵. Судья Брэдли довольствовался замечанием: «Если право человека на его призвание является его собственностью, как утверждают многие, то те в Новом Орлеане, кто на данный момент заняты деятельностью, на которую распространяются запреты, лишены рассматриваемым законом своей собственности, равно как и свободы, без должной правовой процедуры»⁶. Таким образом, новое значение собственности и свобод было обнаружено у Адама Смита и в обычаях делового оборота, а не в Конституции США.

После дел о скотобойнях определение терминов «свобода» и «собственность», данное меньшинством, стало постепенно проникать в конституционные определения местных и федеральных судов⁷, что, конечно, было неизбежно и естественно, если таким образом изменялось само положение вещей. Наконец, в первом деле о миннесотских тарифах (1890)⁸ сам Верховный суд сменил позицию и изменил определение собственности с физической вещи, обладающей только потребительной ценностью, на меновую ценность чего угодно.

Это решение было частичной отменой решения суда в деле *Munn v. Illinois* (1876)⁹. В этом деле Верховный суд постановил, в согласии с принятым ранее решением по делам о скотобойнях, что в случае, если законодательные власти штата понижают цены на складские услуги, которые назначены предоставляющей услуги компанией, то возникающее в результате снижение меновой ценности не является лишением собственности в том смысле, в каком о собственности говорится в Четырнадцатой поправке, и соответственно данный закон не подлежит пересмотру

⁵ III U.S. 746, 757; *Smith A. Wealth of Nations* / ed., notes E. Cannan. L., 1904. Vol. I. P. 123.

⁶ III U.S. 765.

⁷ *Powell v. Penn.* 127 U.S. 678, 684. 1887; *Matter of Jacobs.* 98 N.Y. 98. 1885; *People v. Marx.* 99. N.Y. 377. 1885; *People v. Gillson.* 109 N.Y. 399. 1888.

⁸ *Chicago, M. & St. P. Ry. Co. v. Minnesota.* 134 U.S. 418. 1890.

⁹ 94 U.S. 113. 1876.

в федеральных судах. Он лишь регулирует «обладание собственностью и ее использование» при помощи регулирующей власти. Суд зашел настолько далеко, что заявил, что если законодатели и злоупотребляют своей властью, то «граждане должны прибегать к выборам, а не обращаться в суды»^{10 11}.

Возможность того, что законодатели штата могли злоупотреблять своей властью, явно предполагалась в решении верховного суда штата Иллинойс, поддержавшего указанный закон, когда дело Манна слушалось в этом суде. Суд штата Иллинойс постановил¹¹, что в данном случае злоупотребления со стороны законодателей не было, так как собственность не была «изъята» у владельца, поскольку он не лишился «титула собственности и фактического владения ею». В этом аспекте суд штата Иллинойс придерживался примитивного определения собственности как физического объекта, которым пользуется и который применяет его владелец. Законодатели, употребляя регулирующую власть штата, могли понижать цены на складские услуги, которые были назначены предоставляющей эти услуги компанией, но это не означало, что ее собственность «изымалась». Собственник продолжал владеть своей физической собственностью, даже будучи лишен возможности устанавливать цены на ее использование. На это судья Филд справедливо заметил: «Совершенно очевидно, что со стороны Конституции не может быть такой защиты какой-либо ценности, которая не распространялась бы на использование собственности и доход с нее в той же мере, что и на титул собственности и фактическое владение ею»¹². В самом деле, титул собственности или фактическое владение физической собственностью бессодержательны, поскольку активы предприятия пусты, если владелец лишен возможности свободно назначать цены при продаже плодов этой собственности.

Однако судья Филд зашел в деле Манна слишком далеко. Он утверждал, что полномочиями устанавливать размер возмещения не обладают ни суды, ни законодательная власть. Большинство же отрицало только то, что такими полномочиями обладают суды. Через четырнадцать лет после дела *Munn v. Illinois* эта тема была поднята в ходе слушания дела о миннесотских тарифах¹³, когда истцы (железнодорожные компании) обратились к суду с просьбой пересмотреть решения по делу Манна и другим аналогичным делам, а также ограничить полномочия законода-

¹⁰ 94 U.S. 113, 134.

¹¹ Так интерпретирует решение судья Филд: 94 U.S. 139; *Munn v. People*. 69 111 80. 1873.

¹² 94 U.S. 143.

¹³ *Chicago, M. & St. P. Ry. Co. v. Minnesota*. 134 U.S. 418. 1890.

телей в установлении окончательных цен на использование собственности (445). Теперь суд согласился удовлетворить ходатайство, и судья Блэтчфорд от лица большинства заявил: «Власть регулировать (т.е. регулирующая власть) — это не власть разрушать, а ограничение — не конфискация» (456). При этом конфискация, или вопрос об обоснованности тарифов, является «вопросом исключительно судебного разбирательства, требующим для своего решения должного правового процесса» (458). Таким образом, определение собственности как меновой ценности, данное судьей Филдом, получило одобрение, и, следовательно, защита таковой собственности была передана в юрисдикцию федеральных судов в соответствии с Четырнадцатой поправкой.

Тем не менее судья Брэдли, который в делах о скотобойнях был солидарен с судьей Филдом, теперь вновь выразил свое несогласие (в чем был поддержан двумя другими судьями) и заявил, что мнение большинства выражает «принятие судебной властью на себя таких полномочий., которые она не имеет права принимать» (418, 463). «Если не терминологически, то по существу, — сказал он, — настоящие дела трактуются таким образом, как если бы Конституция запрещала штату изымать частную собственность для общественных нужд без справедливого возмещения и при этом нашей обязанностью было бы определение размера возмещения. Но в Конституции Соединенных Штатов нет никакой подобной статьи» (465). По его словам, «на самом деле во всех этих случаях не было никакого лишения собственности: имело место всего лишь регулирование осуществления права собственности, произведенное в высшей степени компетентными органами в отношении предмета, всецело находящегося в их юрисдикции» (466). В этом отношении судья Брэдли (как и суд Иллинойса в деле Манна) продолжал придерживаться примитивного определения собственности как не более чем исключительного владения физическим объектом для использования его самим владельцем, т.е. собственности, которую собственник может утратить только в случае лишения его титула собственности и фактического владения ею, в результате чего он получает право на справедливое возмещение.

Однако теперь (чего не было ранее в деле Манна) большинство придерживалось той точки зрения, что объектами собственности являются не просто физические вещи, но что собственность есть *ожидаемая возможность дохода* от этих вещей, а также что лишение собственности может происходить не только в результате осуществления права государства на принудительное отчуждение частной собственности (*eminent domain*), лишаящего собственника *титула собственности и фактического владения ею*, но и регулирующей властью, которая отчуждает *меновую ценность*. Лишение собственника *меновой ценности* его собственности равнозначно лишению его собственности. Поэтому в данном

случае — в отличие от решения по делу Манна — суд постановил, что в соответствии с Четырнадцатой поправкой судебная, а не законодательная власть определяет, до какого предела может дойти «изъятие» ценности собственности, чтобы не превратиться в ее конфискацию. Таким образом, полномочия судов определять справедливое возмещение были распространены на действия регулирующей власти, в то время как ранее таковыми полномочиями суды обладали только в отношении права государства на принудительное отчуждение частной собственности¹⁴.

Таким образом, процесс изменений в определении собственности (от физического объекта — к меновой ценности) был завершен. Ранее владелец физической собственности мог быть в общественных интересах лишен «титула собственности и фактического владения ею» в результате реализации права государства на принудительное отчуждение частной собственности, но только при условии, что он получит эквивалентную ценность и его активы не уменьшатся, при этом эквивалентная ценность, или справедливое возмещение, определялась судом. Теперь, в расширенном толковании, это надлежало понимать так: меновая ценность собственности может быть изъята у ее владельца регулирующей властью, но лишь в той мере, чтобы владелец не лишился рыночной власти, достаточной для того, чтобы сохранить ту же меновую ценность, которой он обладал ранее (данный вопрос также подлежал рассмотрению в суде). Определение собственности изменилось — от физических вещей к меновой ценности чего угодно, а решение соответствующих споров перешло в юрисдикцию федеральных судов.

Очевидно, однако, что меновая ценность собственности не может существовать, если либо владельцу, либо потенциальным покупателям запрещен доступ на рынок, где они могли бы покупать или продавать собственность. Поэтому свобода доступа на рынок является существенной для определения меновой ценности. Этот аспект был, в конце концов, добавлен к определению свободы семь лет спустя после дела о миннесотских тарифах в ходе слушаний по делу Олгейера, а определение свободы, данное меньшинством в 1872 г., стало единогласно принятым определением в 1897 г.¹⁵ Теперь суд постановил: «Свобода, которая упомянута в [Четырнадцатой] поправке, подразумевает не только право гражданина быть свободными от любых налагаемых на него физических ограничений; считаем, что этот термин охватывает также право гражданина быть свободным в реализации всех своих способностей, в употреблении их всеми разрешенными законом способами, а также возможность жить

¹⁴ Согласно исходному положению Конституции о том, что никакой штат не имеет права изымать частную собственность ради общественных нужд без справедливого возмещения.

¹⁵ Allgeyer v. Louisiana. 165 U.S. 578, 589. 1897.

и работать там, где он пожелает, добывать средства к существованию любой законной деятельностью, посвящать себя любому призванию и профессии и для этого вступать в любые юридические отношения, которые могут быть подходящими, важными и необходимыми для достижения упомянутых целей... Возможность гражданина — на условиях равенства со всеми остальными в одинаковых обстоятельствах — осуществлять свои права на обычную профессию или работу, на приобретение, владение и продажу собственности является существенной частью свободы и собственности, гарантированных Четырнадцатой поправкой»¹⁶.

Более того, хотя свобода доступа на рынок со стороны собственника является существенной для меновой ценности собственности, слишком большая свобода в доступе со стороны потенциальных конкурентов разрушительна для данной меновой ценности. За прошедшие триста лет эта избыточная свобода ограничивалась судами в ходе длинной череды процессов, проходивших под общим именем «гудвилл» или «недобросовестная конкуренция». Очевидно, что эти решения судов были направлены на защиту меновой ценности, а теперь, когда определение собственности изменилось с физической вещи на меновую ценность чего угодно, можно было легко сделать следующий шаг, изменив определение гудвилла с «добросовестной конкуренции» на «собственность». Давно признанный гудвилл предприятия всегда обладал меновой ценностью, но понимался лишь как ожидаемое благожелательное поведение со стороны других людей; теперь же он стал просто особым случаем собственности. Другие суды следовали этим решениям, и переход в понимании собственности — от физических вещей к совершенно бесплотной невидимости — завершился в 1902 г., в ходе слушаний по делу об исключительном праве на устную передачу новостей в ежедневные газеты при помощи телефонной связи. Суд низшей инстанции постановил тогда: «Собственность... в современном смысле этого слова не ограничивается тем, что можно потрогать руками или увидеть глазами. То, что называется “материальной” собственностью, в случае наиболее значительных предприятий стало теперь не чем иным, как физическим воплощением лежащей в ее основе жизни — жизни, которая несоизмеримо эффективнее, чем ее физическое воплощение»¹⁷. А в 1911 г. еще один суд низшей инстанции интерпрети-

¹⁶ Allgeyer v. Louisiana. 165 U.S. 580, 589. 1897. Последняя фраза частично является цитатой из предшествующих решений, приведенных ранее (Powell v. Pennsylvania. 127 U.S. 678, 684. 1888); ссылки в: 165 U.S. 578, 590.0 дискуссии касательно изменения значения этих терминов в ходе самого этого процесса см.: *Shattuck C.E.* The true meaning of the term “Liberty” in those clauses in the Federal and State constitutions which protect life, liberty and property // 4 Harv. Law Rev. 1891. P. 365.

¹⁷ National Telephone News Co. v. Western Union Tel. Co. 119 Fed. 294, 299. 1902 (высказывание судьи Гросскапа).

ровал определение судьи Свэйна 1872 г. (труд как собственность) следующим образом: «Право на трудовую деятельность в любой области или профессии в будущем также является собственностью»¹⁸.

Следует заметить, что в вышеупомянутых делах внимание обращалось на двойственный смысл термина «собственность», а переход происходил от одного из смыслов к обоим смыслам. В обыденном значении, характерном для старого общего права, которого придерживались в делах о скотобойнях и в деле Манна, собственностью является любая материальная вещь, находящаяся в чьем-либо владении. В более поздних решениях термин «собственность» обозначает любую из ожидаемых деятельностей, подразумеваемых обладанием вещью и понимаемых как деятельность по приобретению, использованию и распоряжению вещью. Одно значение — это собственность, другое — это бизнес. Одно — это собственность в смысле принадлежащих владельцу вещей, другое — это собственность в смысле меновой ценности вещей. Одно — это физический объект, другое — это рыночные активы.

Таким образом, именно эта «вещественная собственность» в первоначальном значении термина исчезла, или, скорее, была низведена до того, что можно описать как внутреннюю «экономику» действующего предприятия или домохозяйства, заключающуюся в разнообразных процессах производства и потребления физических объектов сообразно тому, что экономисты называют их «потребительной ценностью». И вместо потребительной ценности вещественной собственности суды работали с ее меновой ценностью. Эта меновая ценность не является вещественной — она поведенческая. Это рыночная ценность, которую ожидают приобрести в обмен на вещь на любом рынке, где эта вещь может быть продана. С течением времени эта меновая ценность стала известной как «нематериальная собственность», т.е. такой вид собственности, чья ценность зависит от права доступа на товарный рынок, рынок труда и т.д.¹⁹ Следовательно, в соответствии с обычаями и традициями предпринимательской деятельности имеется лишь два типа собственности, оба невидимые и поведенческие, поскольку их ценность зависит от ожидаемой деятельности на денежном и товарном рынках. Один из этих типов может быть технически определен как «невещественная собственность», заключающаяся в долговых обязательствах, кредитах, облигациях, ипотеках — короче говоря, в обещаниях выплат. Второй может быть определен как «нематериальная собственность», заключающаяся в меновой ценности чего угодно, будь то вещественная собственность, невещественная собствен-

¹⁸ Gleason v. Thaw. 185 Fed. 345, 347. 1911.

¹⁹ См. главу VII, раздел 3.

ность и даже нематериальная собственность. Более короткое название для нематериальной собственности — *активы*. Активы — это ожидаемая меновая собственность чего угодно, будь то репутация, лошадь, дом, земля, способность к труду, гудвилл, патент, хорошая кредитная история, акции, облигации или банковские вклады; короче говоря, нематериальная собственность — это все то, что позволяет одному человеку получать прибыль от других — в процессах купли-продажи, заимствования и кредитования, приема на работу и увольнений, найма и сдачи в аренду, в рамках любой сделки современного бизнеса. Мы определим эти два класса собственности как «обременения» и «возможности». Обременения суть невещественная собственность, т.е. обещания выплат, исполнение которых обеспечивает государственная власть; возможности суть нематериальная собственность, т.е. возможность выхода на рынки, которую также обеспечивает государственная власть.

Итак, возвращаясь назад, к характерному для общего права значению собственности как физической вещи, которую использует сам ее владелец, мы обнаружим, что то, что обозначает термин «собственность», даже в исходном его смысле, — это не сама физическая вещь, но ожидаемые «использования» вещи, т.е. многообразная деятельность, с ней соотносящаяся. Эти «использования», или деятельность, возникают из производственных или потребительских возможностей лица по контролю над вещью или работе с ней. Юридические термины передают эти мифические, поведенческие смыслы. Юридический термин «использование» (*use*), как утверждают, происходит от латинского слова *opus*, которое значит «труд» или «работа», через англо-французское *oeps* и старофранцузское *oes*²⁰. Он обозначает ту работу, которую лицо может произвести по отношению к вещи, его поведение по отношению к ней. Таким образом, этот термин отличен от экономического термина «полезность» (*utility*), который происходит от латинского слова *usus*, через французское *utilité*, и обозначает удовлетворение, которое получает лицо, используя вещь. Использование — это поведение. Полезность — чувство. В эпоху раннего феодализма наделение земель держателей происходило *ad opus* — т.е. «для использования» ее держателем с целью производства и потребления. Впоследствии, когда собственность стала рассматриваться как меновая ценность наряду с потребительной ценностью, термин «использования» был просто распространен судами и на нее. Теперь он обозначает как ожидаемую меновую ценность производства и потребления, так и ожидаемую меновую ценность продажи и покупки.

²⁰ Pollock F. Principles of Contract. 9th ed. 1921. P. 5 // 3 Law. Quar. Rev. 1887. P. 115; Bouvier's Law Dictionary, title "Use".

Это различие несущественно в законодательстве о частной собственности. В самом деле, термин «способы использования» имеет два значения: одно относится к общественной сфере, а другое — к области предпринимательской деятельности. В социальном аспекте он обозначает то, что мы понимаем под производством и потреблением вещей, т.е. возрастание запаса вещей и удовольствия от них. Но применительно к предпринимательской деятельности он обозначает также приобретение и утрату вещей в результате сделок с другими людьми. Это объясняет легкий переход от общеправового значения собственности как физической вещи, ценной для владельцев в силу ожидаемого физического использования в рамках производства и потребления, к хозяйственно-правовому значению собственности как *актива*, ценного для владельцев в силу ожидаемых рыночных способов использования в качестве покупательной способности при покупке и продаже.

Общеправовое и обыденное понимание собственности как физической вещи есть, таким образом, не что иное, как эллиптическое высказывание о том, что здравый смысл может принимать как данность, без настойчивого разъяснения всякий раз, что обозначаемое термином «собственность» есть *способы использования*, а не вещь. Проблема заключается в той, что, употребляя это обыденное понятие «способы использования», не только суды и предприниматели, но даже экономисты-теоретики перескакивают от «способов использования» в смысле обеспечения роста запасов товаров к прямо противоположному значению, относящемуся к сфере предпринимательской деятельности, т.е. к возрастанию возможностей собственника требовать товары других лиц при обмене. Первое — это *производительная сила*, которая *увеличивает* запас товаров с целью повысить количество потребительных ценностей; второе — *рыночная власть*, которая *ограничивает* запас товаров пропорционально спросу, для того чтобы повысить или сохранить их меновую ценность. Рыночная власть — это сознательное *ограничение* запаса пропорционально спросу с целью сохранить или увеличить ценность активов предприятия; производительная сила — сознательное *увеличение* запасов с целью увеличить богатство народов.

Отсюда ясно, что переход от значения собственности как потребительной ценности к меновой ценности вещей и, следовательно, от производительной силы, увеличивающей потребительные ценности, к рыночной власти, которая увеличивает меновые ценности, — это более чем переход, это изменение направления на противоположное. Сначала, пока бизнес был еще слаб, данное изменение было не столь существенным, но оно стало важным, когда капитализм начал править миром.

Изменение в значениях собственности и свободы приложимо к сельскому хозяйству в той же степени, в какой и к фабричному произ-

водству, торговле и перевозкам, а также к индивидам, партнерствам и объединениям в той же степени, в какой и к корпорациям. Фермерство, как и любая другая предпринимательская деятельность, стало действующим предприятием (или предприятием-банкротом). Изолированный фермер, фермер-колонист или фермер Дикого Запада мог производить и потреблять вещи, обращая внимание только на их потребительные ценности, но современный фермер живет производством «общественно-потребительных ценностей» и покупает другие «общественно-потребительные ценности», производимые и продаваемые другими предпринимателями. В этом смысле он также «производит» меновую ценность, т.е. активы. Он выращивает сельскохозяйственные культуры на продажу, а не ради собственного использования, и хотя у него всегда имеется сомнительная альтернатива остаться со своими природными ресурсами, если он не сможет продать свою продукцию, тем не менее его ферма и урожай обладают ценностью постольку, поскольку они суть активы, т.е. меновые ценности, а его пассивы — это его долги и налоги, и все таковое измеряется его ожиданиями и продажами на товарных и денежных рынках исходя¹ из его меновой ценности, или цены.

Итак, прием, что сущностью капитализма, тем, что отличает его от феодализма и колониализма, которым он пришел на смену, является производство для использования другими и приобретение для собственного применения, так что смысл собственности и свободы простирается от ожидаемых способов использования в производстве и потребления до ожидаемых сделок на рынках, где активы и пассивы лица определяются колебаниями цен. И это, по сути, изменение в понимании собственности и свободы, произошедшее во временной промежуток между делами о скотобойнях 1872 г. и делом Олгейера 1897 г., — изменение от потребительной ценности физических вещей к меновой ценности чего угодно.

2. ВОЗМОЖНОСТЬ И ОБРЕМЕНЕНИЕ

Если смысл собственности (как отличной от права собственности) — это не просто владение вещью, но свобода в отношении ожидаемой деятельности по приобретению, использованию и распоряжению вещью, то тогда значимость собственности обнаруживается в поведении, ожидаемом по отношению к вещи, а ценность вещи обнаруживается в ожидаемом желательном поведении по отношению к ней. Иначе говоря, ценность пребывает в ожидаемой воле-в-действии, а ожидаемая воля-в-действии пребывает в ее ожидаемых действиях и сделках. Мы будем называть это «действующим предприятием»²¹, которое состоит из двух неотделимых

²¹ См. главу V.

друг от друга элементов: производственной организации, создающей потребительные ценности, и действующего бизнеса, приносящего меновые ценности.

Переход от права собственности на потребительные ценности вещей к праву собственности на их меновые ценности есть изменение от физических вещей к действующему предприятию, и наиболее важным здесь является тот факт, что он объединяет собственность и свободу в некоем тождественном понятии. Собственность обозначает все то, что может быть продано или куплено, а поскольку свобода человека может быть продана или куплена, то она является активом и, соответственно, свобода есть собственность. Некое лицо может продать часть своей свободы двумя способами. Вы соглашаетесь платить мне 1000 долл, в год начиная с сегодняшнего дня. Раньше исполнение этого обещания было вопросом вашей совести или рекомендации вашего священника. Теперь государство физически принудит вас платить, даже если ваша совесть или ваш священник не смогут убедить вас в этом с позиций нравственности. Вы продали мне часть своей свободы, а я, в свою очередь, могу продать ее третьей стороне: Д

Или же вы продаете мне гудвилл и торговую марку своего предприятия, договариваясь о том, что не будете конкурировать со мной или использовать свое имя в своем бизнесе. Раньше один из нас (или мы оба) мог подвергнуться тюремному заключению и штрафу за такую сделку, ограничивающую свободу торговли²². Теперь суд наложит взыскание на вас, если вы не будете соблюдать условия договора, или на других предпринимателей, если они будут использовать эту марку при конкуренции со мной. Вы, опять-таки, продали мне часть своей свободы, и я, в свою очередь, могу продать ее третьей стороне.

Что, однако, я купил и чем теперь обладаю в каждом из этих случаев? Это не физическая вещь. Это обещание будущего поведения с вашей стороны и разрешение мне использовать представителей закона для принуждения вас к такому поведению, которое вы мне обещали (в случае, если вы не будете вести себя так добровольно). Вы продали мне часть вашей свободы. Назовем это обременением вашей свободы. Обременение обладает двумя равновеликими полюсами. Один полюс — это мое право, мой актив; другой полюс — это ваша обязанность, ваш долг.

Таким образом, я могу владеть двумя типами обременений вашей свободы, причем оба они составляют мои активы, или меновую ценность моей собственности. Один тип — положительный, второй — отрицательный. Один — это ваше обещание сделать нечто, а второй — ваше обещание не делать нечто: ваше обещание платить и ваше обещание не

²² Bouvier's Law Dictionary, under title "Restraint of Trade".

вступать в конкуренцию. Один — это долг, второй — гудвилл. И то и другое — обременение вашего ожидаемого поведения. Первое, ограничивающее вашу свободу действий тем, что требует исполнения, обычно описывают как принуждение; второе, ограничивающее вашу свободу тем, что заставляет уклоняться от конкуренции, обычно описывают как ограничение. И то и другое является для меня наличной ценностью. И то и другое — моя собственность, которую я приобрел, которой владею и которую могу продать. Меновая ценность того и другого — мой актив.

Но эти два объекта, которые я покупаю, которыми владею и которые продаю, различны. Когда я покупаю или продаю вашу задолженность, я покупаю или продаю ваше положительное обязательство сделать нечто в будущем, которое измеряется, скажем, тысячей долларов. Но когда я покупаю ваше обещание *не* делать чего-либо, то я, очевидным образом, не покупаю вообще ничего. Я очевидным образом не покупаю ваших клиентов. Я не владею своим клиентами, вы не владеете своими. Я не владею каким-либо обязательством с их стороны или чем-то, что создает для них обременение; т.е. чем-то таким, что могло бы вынудить их делать для меня нечто положительное. Они не являются моим активом. Мои клиенты обладают свободой покупать где угодно. Их ничто не принуждает к тому, чтобы покупать у меня. То, чем я владею, — это не какое-то наложенное на них ограничение. Давайте назовем это возможностью иметь с ними дело. Я просто обладаю возможностью продавать им мои товары или услуги, если я на это способен. И у меня есть эта возможность не в отношении неограниченного круга лиц, но только относительно вас, в той мере, в какой вы обещали не продавать моим клиентам свои товары, а также относительно моих конкурентов, в той мере, в какой они не имеют права использовать мою торговую марку или конкурировать со мной каким-либо другим незаконным образом. Вне этих рамок я открыт для конкуренции.

Таким образом, значение собственности простирается от видимых до невидимых вещей. Невидимые вещи суть обременения и возможности. Обременения суть обязанности, которые другие люди имеют по отношению ко мне, а возможности суть их свободы, отсутствие каких-либо обязанностей по отношению ко мне. Тем не менее и то и другое ценно для меня и для третьей стороны, которая покупает таковое у меня и, следовательно, является собственностью в смысле меновой ценности, или активов.

Эти два типа собственности справедливо описываются как нематериальные, невещественные, невидимые. Их нельзя увидеть невооруженным взглядом — как физические вещи; они даже не всегда могут быть выражены символами — словами, записанными на бумаге в качестве свидетельства о собственности. Они могут быть созданы устной договоренностью. Их можно даже вывести из поведения сторон. Их нема-

териальность есть невидимость обещанного и ожидаемого поведения людей, которое, хотя и невидимо, воспринимается внутренним взором уверенности.

Эти нематериальные и невещественные права собственности более ценны, чем все физические вещи в той стране, где стабильно правительство и спокоен народ, поскольку именно на них основываются кредитная система и предпринимательская инициатива, которые сменили феодализм на капитализм. Они возникли в весьма разнообразных формах. Обременения простираются от лишь подразумеваемых обещаний, выводимых из простых действий, до детально продуманных обязательств, которые налагаются на предприятие или нацию на целое столетие вперед. Возможности простираются от простого выбора между альтернативами, имеющего место каждый день в каждой сделке, до всей полноты длительных рыночных возможностей, известных как гудвилл, патентные права, право на сохранение бизнеса или деловых связей, право выхода на рынок труда, право на свободу заключения договоров, а также все многообразие государственных лицензий, корпоративных привилегий и лицензий на предоставление коммунальных услуг.

Обычно, как мы уже отметили выше, обременения проявляют себя как «невещественная собственность», или долги, а возможности — как «нематериальная собственность», или меновая ценность. И то и другое невидимо, поскольку существует только в невидимом будущем. Первое — это невидимость будущего поведения кредитора и должника; второе — это невидимость будущего поведения покупателя и продавца (будь они заемщиком и займодавцем, или торговцем и покупателем, или землевладельцем и арендатором, или начальником и подчиненным, или работодателем и работником). В первом случае они суть ожидаемое прибыльное исполнение обязательств; во втором случае они суть ожидаемое прибыльное употребление свободы; в обоих случаях они суть ожидаемые прибыльные действия и сделки. В обоих случаях они суть активы, поскольку являются меновыми ценностями вещей.

Хотя невидимые и существующие только в будущем, они более существенны, чем даже физическая собственность, которую мы можем видеть в настоящем, поскольку именно они производят весь физический капитал, воспроизводят его, когда он исчерпывается, и увеличивают его быстрее, чем рост населения. Хотя физический капитал может исчезнуть из-за войн или других катастроф, эти невидимые ожидания прибыльного поведения остаются нетронутыми, вследствие чего физический капитал может быть быстро воспроизведен.

Невидимый капитал многих действующих предприятий более ценен, чем все их оборудование, земли, здания, наличные запасы; и, безусловно, если невидимый капитал потеряет свою ценность, то видимый капитал

скорее всего моментально превратится в кучу железа и мусора. Не будет неправильным утверждение, что весь капитал есть невидимая ценность, поскольку он является наличной ценностью не физических вещей, но надежд на будущее, происходящих из уверенности в ныне невидимых, но ожидаемых в будущем сделок.

Действительно, что есть ценность земли, зданий, оборудования, товаров, как не ценность их ожидаемых «способов использования»? И что есть их способы использования, как не способы использования, которые пока еще не имеют места, но будут иметь место — либо при непосредственном их употреблении, либо при продаже произведенных с их помощью продуктов за деньги или за другие товары? Первое — это потребительная ценность, отношение человека к природе. Второе — это меновая ценность, отношение человека к человеку. И то и другое лежат в будущем, но обладают ценностью в настоящем. Мы можем называть их ожиданиями. Любая ценность — это ожидание. Потребительная ценность — это ожидаемое поведение вещей в процессе производственной и потребительской деятельности человека. Меновая ценность — это ожидаемое поведение лиц при покупке и продаже, взятии в аренду, найме на работу, получении кредита и выплате долгов.

Значение собственности, таким образом, расширяется, включая в себя ожидание двух типов будущего поведения людей, один из которых есть ожидаемое ограничение или принуждение других людей ради моей выгоды, другой — это возможности, которые предоставляются ими и открыты для меня. Оба этих типа измеряются и определяются властью, которая выше нас, т.е. государством, и, следовательно, один из них, обременения, признается в качестве узаконенных обязанностей, а второй, возможности, признается в качестве узаконенных свобод. Ожидаемые ограничения и принуждения, т.е. обременения, признанные государством, суть узаконенные обязанности; ожидаемое отсутствие ограничения или принуждения, т.е. возможности, суть узаконенные свободы.

Если свобода есть *отсутствие* обязанности, т.е. ограничения или принуждения, то это *отсутствие* чего-то должно, несмотря на всю кажущуюся парадоксальность, *заключать* в себе что-то для того, чтобы обладать ценностью. То, что оно «содержит», — это экономический эквивалент. Моя свобода ценна для меня в пределах ценности различных экономических объектов, которые могут стать ее эквивалентом. То, что она содержит, — не вещи, но ожидаемые сделки. Свобода — это узаконенный эквивалент ожидаемых сделок. Если я продам вам гудвилл своего предприятия, я продам вам часть своей свободы. Поэтому моя свобода имеет ценность *при обмене*. Ее ценность состоит в том, что я могу получить за нее, когда я расстаюсь с ней. Я имею право продавать свою свободу до определенных пределов. Я не имею права продать *всю*

свою свободу. Ценность свободы есть ее меновая ценность в терминах денег — реализованных активов. Здесь я капитализирую свою ожидаемую свободу и продаю ее.

Кроме того, моя свобода может иметь ценность и в том смысле, что я могу использовать ее или сдавать внаем для того, чтобы повысить свой доход. Если я владею гудвиллом предприятия, тогда то, чем я владею, — это отсутствие ограничения и принуждения, или обязательств при продаже вещей, которыми я обладаю. Ценностным эквивалентом этого отсутствия обязательств являются более выгодные соглашения, которые я могу заключить, используя мою свободу, — более выгодные, чем те, которые я заключил бы при ее отсутствии. Эта выгода является разницей между ценой, которую я мог бы получить за свою продукцию, если бы я не владел гудвиллом и не сохранял его, и ценами, которые я могу получить, владея им и сохраняя его. Подобным образом дело обстоит и в других случаях. Если я — рабочий и мой нынешний работодатель платит мне 3 долл. в день, а другой работодатель предлагает мне 3,5 долл. в день, то дневной доход от моей свободы, заключающейся в возможности перейти от одного работодателя к другому, составляет 50 центов. Ценностное содержание этой части моей свободы есть, таким образом, меновая ценность, измеряемая деньгами. Но в данном случае то, что придает большую ценность продаваемой вещи, — это некий излишек. То, что я продаю, — это использование моей рабочей силы. Меновая ценность моей рабочей силы — это мои активы. Тем не менее мне не дозволено продать мой труд весь и навсегда. Я не могу капитализировать его. Я могу только сдавать его внаем за определенный дневной доход. Для меня при 3,5 долл. его ценность больше, чем при 3 долл. Таким образом, ценность свободы в данном случае заключается в добавочной меновой ценности, которую можно получить посредством выбора возможностей.

Тем не менее в обоих случаях я отдаю часть моей свободы. Практика продажи или сдачи внаем части свободы человека сопровождает все сделки. Продажа свободы является необходимой частью любой продажи. Свобода включена в каждую оценку при обмене. Владелец, продающий лошадь, или инвестор, который одалживает свою покупательную способность, или работник, который продает использование рабочей силы, продают вместе с тем и часть своей свободы (свободы использовать лошадь, покупательную способность или рабочую силу). Землевладелец сдает в аренду арендатору свою свободу использовать ферму, и это подразумевает, что он соглашается подчиняться требованию арендатора не вмешиваться в его дела. Займодавец продает заемщику свою свободу пользоваться правом выписывать банковские чеки. Подчиненный или служащий, который продает использование своей рабочей силы, продает часть своей свободы, принимая на себя обязанности по исполнению чего-

либо или уклонению от чего-либо, и каждая такая обязанность есть шаг в сторону от свободы и, соответственно, является продажей ее части.

В этих случаях ценность свободы, когда она уже продана, кажется полностью поглощенной ценностью проданной вещи. Продажу свободы не отличить от продажи, одалживания или сдачи внаем лошади, банковского вклада или рабочей силы. Кажется, что получаемая ценность имеет положительное основание для обмена только в положительном предмете, который продается, а не в отрицательном предмете, таком, как отсутствие ограничения или принуждения. Но при продаже гудвилла ценность свободы нередко явно отделяется от ценности оборудования и товаров и исчисляется как некая отдельная или дополнительная ценность. Например, физическое оборудование некоей газеты стоит 100 000 долл., а ее гудвилл стоит отдельно 900 000 долл. Гудвилл — не в оборудовании газеты, но в ее клиентах.

Однако столь ли велика здесь разница? Когда некое лицо продает свой «бизнес», суды, как правило, предполагают, что оно продает свой гудвилл вместе с физическим оборудованием, так как гудвилл есть не что иное, как полезное и Прибыльное употребление воли по отношению к продаваемой вещи. Таким образом, когда я продаю лошадь, я продаю свою свободу употребить свою волю по отношению к лошади, т.е. нечто такое, что было для меня полезным и прибыльным, т.е. благом, а с этого момента станет прибыльным употреблением воли покупателя по отношению к лошади и, следовательно, гудвиллом для него.

То же самое и в случае, если я продаю свой банковский вклад или рабочую силу. Когда я продаю один из этих специфических объектов, я продаю полезное или прибыльное употребление своей воли по отношению к ним, а заемщик или наниматель покупают ожидание прибыльного употребления *своей* воли по отношению к таковым объектам. Мой гудвилл (*goodwill*) — благо (*good*) не в эмоциональном смысле, а в экономическом, не благо-желание (*good-will*), но желание благ (*goods-will*), так как он есть благо в отношении моей выгоды или прибыли — и он становится их гудвиллом, их благом.

Отсюда следует, что продажа части свободы некоего лица, имеющая место при любой сделке, это вовсе не парадоксальная продажа *отсутствия* чего-то, как может показаться на первый взгляд, но передача чего-то весьма положительного, субстанциального и благого, а именно экономического эквивалента в ожидаемом свободном употреблении воли при получении вещей от окружающего нас мира и от окружающих нас людей.

Это — экономический эквивалент свободы и собственности, и это то, что стало известно под именем «нематериальной» собственности, отличной от «невещественной» собственности. Нематериальная собственность есть возможность. Невещественная собственность есть долг. От-

сюда следует, что ценность пребывает не в видимых вещах или лицах, но в возможности приобретать, использовать, контролировать, получать удовольствие и, таким образом, получать ожидаемую выгоду или прибыль от вещей или лиц. То, что мы покупаем и продаем, — это не вещи, но гудвилл в отношении вещей. И когда мы говорим, что свобода может быть оценена и, соответственно, является собственностью, мы подразумеваем, что свободное и прибыльное употребление воли при взаимодействии с природой и другими людьми может быть оценено в экономических категориях и, соответственно, является собственностью.

Итак, речь идет о том, что термины «собственность», «ценность», «капитал», «активы», «свобода» и «воля» стали обозначать одну и ту же вещь, но рассмотренную с разных точек зрения. Собственность — это не что иное, как прибыльное употребление воли при взаимодействии с природой и другими людьми. Однако взаимодействия с природой являются «вещественной собственностью», а «вещественная собственность» ушла из поля зрения. Теперь предприниматель заинтересован в вещественной собственности исключительно как в средстве достижения цели, а этой целью является ее меновая ценность. Право на владение этой меновой ценностью является просто правом доступа на рынки. И именно эти права доступа на рынки были названы «свободой» в ходе слушаний по делам о скотобойнях, а теперь известны как «нематериальная собственность». Однако нематериальная собственность является не более чем ожидаемым выгодным для него поведением других людей, которое обретается при помощи ожидаемых сделок с ними, в то время как невещественная собственность есть ожидаемое выполнение ими данных ему обещаний. И это — капитал. Капитал есть текущая меновая ценность ожидаемого выгодного для него поведения других людей. Собственность стала нематериальной и невещественной; свобода стала нематериальной собственностью; обязанности являются невещественной собственностью; все таковое есть ожидаемое выгодное для него поведение других при взаимоотношениях с ним, а текущая ценность для него этого ожидаемого поведения есть капитал, или активы.

3. ВЛАСТЬ

Мы увидели, что свобода есть собственность и обладает ценностью в двух аспектах. Свобода обладает ценностью постольку, поскольку она приносит что-то в обмен на что-то. Эти две вещи эквивалентны. Ценность свободы есть меновая ценность той вещи, которая дается в обмен на нее. Второй аспект, в котором свобода обладает ценностью, — это получение благодаря свободе излишка, эквивалентного разнице. Первый аспект есть власть при обмене, покупательная способность, рыночная

власть, т.е. экономическая власть, или просто *власть*. Второй аспект есть выбор возможностей, т.е. выбор альтернатив, или просто *возможность*.

Таким образом, свобода есть отсутствие ограничения, или принуждения, или обязанностей и эквивалентна употреблению власти (*exercise of power*) и выбору возможностей, которые она допускает. Но выбор возможностей является на самом деле не чем иным, как *выбором между двумя уровнями власти*. Если я могу продать использование своей рабочей силы за 3 долл, в день, то это один уровень моей власти над моим работодателем. Если я могу продать его за 3,5 долл, в день, то это другой уровень власти. Если железнодорожная компания устанавливает тариф в 3 цента за милю, то это один уровень власти над пассажирами; если она берет 2 цента, — то это уже меньший уровень власти. Следовательно, экономический эквивалент свободы — это свобода выбора между двумя уровнями власти над другими лицами.

В некоторых случаях это властное измерение собственности привлекает большее внимание, нежели измерение, связанное с возможностями. Законы, регулирующие предприятия коммунального хозяйства, законы против ростовщичества и трудовое законодательство были направлены на обуздание рыночной власти собственности в тех случаях, когда она кажется избыточной. Некоторые из законов были признаны судами неконституционными или недействительными на том основании, что они ограничивают свободу. И они в самом деле ограничивают свободу, поскольку свобода есть *отсутствие* ограничения, принуждения или обязанностей, а эти законы являют собой *наличие* ограничения, принуждения или обязанностей. Но в этих решениях судов не удалось провести различие между самой свободой и ее экономическим эквивалентом, который является «содержанием» свободы. Сама по себе свобода пуста и бессмысленна. Ее смысл — в ее содержании. Ее содержание — это свобода выбора. Но даже и эта свобода бессодержательна, а воля не может существовать в пустоте. Она существует в выборе возможностей. Но эти возможности суть уровни власти над природой или человеком. Экономический эквивалент свободы есть свобода выбора между уровнями экономической власти. Свобода неотделима от власти. В своих более поздних решениях суды установили, что свобода есть экономическая власть, равно как и экономическая возможность²³.

Мы можем обозначить возможность и власть как *внешние* измерения воли-в-действии, чтобы отличить их от «экономики», внутреннего измерения собственности. Они внешние в том смысле, что являются измерениями, соприкасающимися с другими лицами. Они суть измерения, которые показывают нам, увеличивается или уменьшается собственность

²³ См. главу III.

(включая относящуюся к ней свободу употреблять волю) при взаимодействии с другими людьми. На этом основании мы можем назвать их аспектом *расширения* воли и собственности. Следовательно, собственность, свободное употребление воли, расширяется благодаря одному и тому же действию, которое, однако, обладает двумя измерениями: возможностью и властью.

Однако возможность и власть сильно различаются по способам своего расширения. Возможность есть *бесплатное* расширение. Она есть бесплатное усиление власти, происходящее просто благодаря выбору между двумя уровнями власти, оба из которых являются доступными на данный момент. Она есть пассивный аспект выбора. Власть же сама по себе не бесплатна. Она есть усилие, расход — в той же мере, в какой и доход. Это значит, что надо расстаться с чем-то, для того чтобы получить что-то в обмен. Возможно, придется потратить рабочий день; возможно, придется отдать находящиеся в собственности лошадь или бушель пшеницы; наконец, возможно, придется продать часть своей свободы. Одна экономическая школа сводит все затраты к товарным затратам, включая и расходуемые товарные деньги; другая сводит их к «затратам тягот труда», к затраченным усилиям. Но все затраты — это затраты собственности. Работник не продает свои тяготы — он продает свою рабочую силу; то же самое и в случае, когда он продает свою лошадь или часть своей свободы. Во всех случаях он отдает собственность и теряет в свободе.

Однако продажа осуществляется с определенными намерениями. Она заключается в том, что нечто отдают, чтобы обеспечить получение чего-то другого. Продажа есть утрата собственности в обмен на прибавление собственности. Она есть власть-при-обмене (*power-in-exchange*). Она есть реализация активов. Мы измеряем уровень власти при помощи меновой пропорции. Я продаю свой дневной труд за 3 долл. Пропорция: один рабочий день = 3 долл. Я продаю его за 3,5 долл. Пропорция: один рабочий день = 3,5 долл. Я продаю бушель пшеницы за два бушеля овса. Пропорция: 1 бушель = 2 бушеля. Я продаю его за 3 бушеля. Пропорция: 1 бушель = 3 бушеля. Я продаю свой гудвилл за 1000 долл. Пропорция: 1 : 1000. Я продаю его за 2000 долл. Пропорция: 1 : 2000. Меновая пропорция измеряет уровень власти, поскольку она измеряет отношение между тем, что я отдаю, и тем, что я получаю взамен, при употреблении власти.

Но когда я просто выбираю между двумя меновыми пропорциями, обе из которых являются доступными на данный момент, я *сверх того ничего не отдаю*. Я выбираю между властными пропорциями 1 : 3 и 1 : 3,5, между пропорциями 1 : 2 и 1 : 3, между пропорциями 1 : 1000 и 1 : 2000. Во всех этих случаях я отдаю один и тот же рабочий день, один и тот же бушель пшеницы или одну и ту же часть моей свободы. Но то, что я получаю, — это чистый излишек, бесплатное увеличение моей

собственности. Мы можем обозначить это бесплатное увеличение как *относительный показатель излишка*, или *коэффициент возможности*. Мой коэффициент возможности есть отношение между излишком и тем, что я имел бы, не будь у меня этого бесплатного выбора. Когда я получаю 50 центов, просто решая продавать свой труд за 3,5 долл, вместо 3, то мой коэффициент возможности составляет $50 : 300$, или $1 : 6$, или 16,5% чистой бесплатной выгоды.

Таким образом, меновая пропорция является мерой власти, а коэффициент возможностей измеряет различие между двумя уровнями власти. Эти два показателя суть просто меры для двух измерений одной и той же сделки, подобных двум измерениям коробки. Меновая пропорция измеряет *затратную* сторону сделки, а коэффициент возможностей — ее *даровую* сторону. Первая измеряет убыток, второй — неожиданную прибыль. Но при измерении убытка меновая пропорция измеряет также власть, а при измерении неожиданной прибыли коэффициент возможностей измеряет бесплатный выбор возможностей, которые сопутствуют употреблению власти, у

Однако власть может увеличиваться и непосредственно, без выбора возможностей. Предположим, что рабочий находится в более выгодном положении по сравнению с работодателем, у которого нет альтернатив. Рабочий требует и получает 3,5 долл, вместо 3; точно так же и железнодорожная компания может потребовать и получить с пассажира по 3 цента за милю вместо 2, если у пассажира нет альтернативы. В обоих случаях усиление власти происходит не в силу того, что некто выбирает между двумя лицами, но благодаря тому, что он увеличивает власть непосредственно над одним и тем же лицом. Одна и та же работа выполняется для одного и того же лица, но при более высокой меновой пропорции, на более высоком уровне власти.

Таким образом, свобода и собственность обладают двумя смыслами, каждый из которых обозначает *усиление* власти. Один — это выбор возможностей, пассивное, опосредованное, *бесплатное* увеличение власти. Второй — это выбор большего или меньшего уровня власти. Свобода задействована в обоих случаях. Свобода — это отсутствие ограничения, принуждения или обязанностей, но в первом случае свобода есть распространение власти на двух других лиц за счет выбора из двух ее уровней, а во втором — усиление власти над *одним* лицом за счет выбора из двух ее уровней.

Точно так же в обоих случаях увеличение власти выражается — в современном бизнесе — в терминах цены, а цены отсылают к денежному стандарту. Мы говорим, что деньги являются мерой ценности и средством обмена. Но это весьма специфическое средство. Деньги — это нечто вроде универсального всеобщего хранилища, которым владеlec

денег может легко воспользоваться по своему усмотрению, и, кроме того, цены на товары. Деньги являются средством и мерой постольку, поскольку они суть универсальная способность приобретения по определенным ценам. Как таковые деньги становятся мерой активов и пассивов того или иного лица, равно как и средством, при помощи которого активы обычно реализуются на рынках в форме других вещей, приобретаемых при обмене. Следовательно, мы можем говорить об активах как о количестве других вещей, ожидаемом от цен, которые должны быть получены нами от продажи собственных вещей, и о деньгах как о средстве, при помощи которого получают те другие вещи. Вещи, которыми владеют, — это просто вещи. Количество других вещей, которое *ожидают* получить в обмен на них, — это цены, которые ожидают получить за вещи, которыми владеют; а ожидаемые цены — это балансовые активы, т.е. активы, которые надеются приобрести. Деньги являются средством и мерой для превращения этих ожидаемых активов в реализованные активы. Так что возрастание власти над другими в терминах цены есть увеличение активов некоего лица или уменьшение его пассивов, и это является эквивалентом²⁴ расширения собственности и свободы через возможность и власть. И наоборот: уменьшение власти или отсутствие возможности является эквивалентом уменьшения собственности и свободы, или, скорее, незащищенностью (*exposure*), которая снижает активы некоего лица и увеличивает его пассивы²⁴.

Таким образом, мы видим, что юридический термин «свобода» обладает двойственным экономическим содержанием, а именно он подразумевает возможность и власть. Однако на самом деле обе они являются двумя аспектами одного акта воли, а именно выбора между двумя уровнями экономической власти. Такая концепция экономической власти собственности и свободы впервые была представлена в решении Верховного суда по уже упоминавшемуся делу *Munn v. Illinois* в 1876 г. До этого решения термин «власть» обозначал только физическую власть суверена, заключающуюся в принуждении к исполнению закона, и эта власть была источником особых привилегий для монополий, и эти привилегии были не собственностью, но деспотическим посягательством на право собственности. Сама концепция собственности выросла из общего права и несла в себе идею естественного или общепризнанного права на свободу приобретать и использовать физические вещи, а также распоряжаться ими. Таким образом, собственность была не властью — она была свободой, а потому существовало колоссальное различие между властью суверена и свободой подданного. Однако в деле Манна впервые стало ясно, что эта свобода частной собственности подразумевает так-

²⁴ См. главу IV.

же экономическую власть частной собственности. Власть суверена была физической властью принуждения к подчинению; власть собственности была экономической властью отказывать другим в том, что принадлежит некоему лицу, но в чем эти другие нуждаются. Законодатели штата Иллинойс установили максимально допустимые тарифы, которые складские и элеваторные компании могли назначать за хранение и обработку зерна. Складской бизнес всегда был частным бизнесом, и никогда верховная власть не наделяла его особыми привилегиями — ни в Англии, ни в Америке. Большинство и меньшинство в Верховном суде были согласны, что в случае особых привилегий, даруемых верховной властью, ее право регулировать тарифы возникает одновременно с этими привилегиями. Тарифы должны быть обоснованными, и такова была норма общего права, распространявшаяся на все особые привилегии или лицензии, будь то подтвержденные официально, подразумеваемые или основанные на неписаном законе (в силу длительного использования или общего согласия); это относилось, например, к общественным переправам, мостам, заставам, пристаням, а также к кучерам и извозчикам, работавшим на королевских дорогах²⁵. Разногласие между судьями возникло по вопросу может ли верховная власть в соответствии с законом быть распространена на элеваторы и склады, которые не нуждались в каких-то особых привилегиях со стороны этой власти для ведения своей деятельности, и не обладали таковыми привилегиями.

Для того чтобы поддержать распространение власти законодателей штата Иллинойс на установление тарифов на хранение и обработку зерна и на принуждение владельцев к предоставлению услуг по этим ценам, судейское большинство утвердило новый принцип законодательства, опротестованный меньшинством. По сути дела этот принцип гласил: *экономические условия, а не особые привилегии, предоставленные суверенной властью, определяют право этой власти регулировать цены*. Дело Манна не было делом железнодорожной компании, зависящей от государственной лицензии; речь шла о частном бизнесе. Эти склады стали центрами, имеющими стратегическое значение для контроля цен на зерно, ввозимое с Северо-Запада, без всяких привилегий со стороны верховной власти, благодаря одному лишь своему местоположению, характеру бизнеса и возможности отказать в предоставлении услуг. Судейское большинство, признав данный экономический факт, постановило, что собственность утратила свой сугубо частный характер и «приобрела общественный интерес, будучи использованной таким образом, что это возымело последствия для всего общества и затронуло его в значительной степени». Таким образом, причиной экономической

²⁵ 94 U.S. 113, 149. 1876.

власти над общественной сферой, заключающейся в возможности отказа от предоставления услуг и, соответственно, установления фиксированных цен, было не предоставление верховной властью привилегий, а, в данном случае, особые обстоятельства, при которых общественная сфера оказалась зависимой от использования частной собственности ее владельцем, а владелец, соответственно, не только употреблял свою собственность для своих нужд, но также передавал ее в общественное пользование. И в этих пределах он должен был подчиниться общественному контролю (113, 126).

Судья Филд, который в случае дел о скотобойнях отрицал право государства ограничивать свободу, теперь отрицал его право ограничивать власть бизнеса в отказе в предоставлении услуг. Он проводил различия как между привилегиями, предоставленными верховной властью, и частной собственностью, так и между использованием и употреблением собственности владельцем и *ценой*, которую владелец может получить за ее использование и употребление другими. Судья Филд признавал, что привилегии, предоставленные верховной властью, могут регулироваться в том, что касается возмещения, т.е. цен, которые получены за пользование ими, и что они, несомненно, подразумевают данное регулирование. Однако «когда привилегии прекращаются, перестает действовать и власть регулирования» (147). Кроме того, ограничения на владельца частной собственности могут быть наложены регулирующей властью *только в отношении ее использования и употребления*, если это влечет опасность для жизни и здоровья других людей, *но не в отношении возмещения*, или цены, которую он получает от других за ее использование. Таким образом, он считал, что регулирующая власть распространяется только на *использование и употребление*, т.е. на меновую ценность вещей, но не на *возмещение* за использование, т.е. на цены вещей, за исключением случаев, когда определенные права или привилегии предоставляются правительством, которое наделяет выгодоприобретателя особыми преимуществами перед всеми остальными. «В случае чикагских держателей складов им не было предоставлено никаких привилегий со стороны правительства» (113, 149). «Их здания не наносят ущерба» (148). «Бизнес этих людей был, согласно общему праву, частным бизнесом и является таковым по своей природе» (154).

Несмотря на эти убедительные и исторически корректные возражения судьи Филда, которого поддерживали еще двое судей, судейское большинство признало, что принудительная власть собственности возникает при изменении экономических условий, даже если ее не поддерживают особые привилегии со стороны верховной власти. Ибо было очевидно, что склады угрожали не здоровью и жизни населения, но тем *ценам*, которые население в качестве производителей должно получать

и в качестве потребителей платить за продукты питания. Таким образом, предоставляя разрешение на ограничение экономической власти, суд сузил границы собственности, увеличив регулирующие полномочия законодателей. Но собственность, пределы которой были ограничены, была не физической собственностью — она была правом собственности на меновую ценность вещей.

Решение по делу *Munn v. Illinois* было, по сути, первым признанием экономической власти собственности, или власти отказывать другим в ее использовании, источником которой были экономические условия, и эта власть отличалась от физической власти суверена, или власти принуждать, употребляемой в интересах отдельных граждан в виде наделения их привилегиями или «вольностями». С этого момента уже не требуется наличия особых, персональных привилегий, предоставляемых сувереном, для того чтобы обосновать законность регулирования цен, извлекаемых из этих привилегий; теперь достаточно того, что гражданин вел бизнес, от которого зависели свобода и собственность других граждан. Власть над гражданами, заключающаяся в возможности устанавливать цены, исходит теперь не непосредственно от суверена, но опосредованно — от обладания этим гражданином таким видом собственности, который связан с экономической властью. Переход совершается от узаконенной монополии, от старых «вольностей» подданного проявлять неограниченную власть к «естественной» монополии, к современной свободе проявлять экономическую власть, когда она автоматически проистекает из экономических условий, а не намеренно — из некоего постановления верховной власти. Раньше только наделение специальными привилегиями давало суверену право предотвращать назначение грабительских цен посредством их регулирования, в то время как *частная собственность не была таковым даром суверена*, а являлась всего лишь естественным правом, проистекающим из неписаных законов и отражавшим привычное положение вещей, не связанное с привилегиями, и, следовательно, заключала в себе естественное право устанавливать цены. Теперь, в отсутствие возможности воспользоваться ссылкой на особые привилегии, чрезмерная экономическая власть стала ограничиваться другим источником власти, «регулирующей властью», которая ранее использовалась только для того, чтобы предотвращать чрезмерный ущерб.

В то время как решения, следовавшие мнению меньшинства в делах о скотобойнях, расширяли собственность за счет верховной власти, регулирующая власть расширяла верховную власть за счет собственности. Теперь, после решения по делу Манна, гражданин сам брал на себя инициативу, не дожидаясь действий со стороны верховной власти, и по своей свободной воле наделял суверена правом регулировать цены: поскольку

он больше не использовал и не употреблял свою собственность только для своих нужд, но отдавал ее в пользование другим гражданам, которые неминуемо находились в зависимости от нее из-за цен, определявших ценность их свободы и собственности. Свобода более не описывалась исключительно в терминах выбора возможностей, так как ее определяло меньшинство в делах о скотобойнях. Теперь она определялась также в терминах экономической власти.

Этот аспект собственности не был признан меньшинством в деле Манна. Если бы речь шла о железнодорожной компании, обладающей лицензией на перевозки по магистральной линии, меньшинство, безусловно, не возражало бы, поскольку таковая лицензия есть особая привилегия со стороны верховной власти. Но речь шла о нелицензируемом складском бизнесе, а меньшинство не смогло понять, что одна лишь собственность, без всяких лицензий, может обладать такой же властью. Однако, как это осознало большинство, если собственность все-таки может обладать такой же властью, то суверен — в силу широты тех полномочий, которые подразумевав* сама верховная власть, — должен обладать полномочиями налагать ограничения на владельца таковой собственности. Именно это утверждало большинство и, поступая соответственно, расширило полномочия «регулирующей власти», распространив их за пределы контроля над использованием и употреблением собственности как могущих наносить вред здоровью и спокойствию, вплоть до контроля над рыночной властью как могущей наносить ущерб рыночной власти других людей. Применение регулирующей власти, таким образом, расширилось с потребительной ценности на меновую ценность, с физических вещей на деловые активы²⁶.

Тем не менее согласно решению по делу Манна право на принятие решений по употреблению этой расширенной регулирующей власти осталось в руках законодателей. Так было потому, что, как мы отмечали выше, суд все еще не изменил определение собственности с физических вещей на цены вещей. Этого изменения не произошло вплоть до

²⁶ См. критику судьи Филда, основанную на том, что регулирующая власть никогда ранее не распространялась на *возмещение* за использование собственности, за исключением случаев, когда имели место «некие права и привилегии», данные правительством: 94 U.S. 146. Позже Верховный суд Орегона в решении по делу о минимальной заработной плате ссылаясь на это понятие регулирующей власти: «Когда возникают новые условия, которые оказывают вредное влияние на здоровье, нравственность или благосостояние общества, мы не говорим о том, что расширяем регулирующую власть для того, чтобы устранить это зло. Вместо этого мы говорим, что возникает новое зло, для устранения которого используется старое средство правительства — регулирующая власть»: Settler и O'Hara. 69 Ore. 519, 532. 1914.

вышеупомянутого первого дела о миннесотских тарифах²⁷, которое слушалось спустя четырнадцать лет после дела Манна. В результате после 1890 г. не столько законодательная, сколько судебная ветвь власти оказалась тем органом, который уполномочен определять, насколько далеко законодатели могут зайти в употреблении регулирующей власти. Дело Манна выявило экономическую власть собственности, отличив ее от экономической власти монополии; миннесотское дело определило эту экономическую власть, или меновую ценность, как сущность собственности, которая, следовательно, может быть изъята у владельца только в ходе судебного процесса, а не посредством законодательных решений. Решение по миннесотскому делу отменило решение по делу Манна в отношении пределов регулирующей власти, но не затронуло определение экономической власти.

4. ЭКОНОМИКА

Мы рассмотрели два экономических, или волюнтаристических, измерения юридических понятий «собственность» и «свобода», одно из которых есть выбор возможностей, а другое — выбор большего или меньшего уровня экономической власти. Когда эти два измерения соединяются, они образуют то, что можно назвать «принципом расширения» (*principle of expansion*), так как они обозначают расширение экономической власти через взаимодействие с другими лицами. Некое лицо может расширить область употребления своей воли или увеличить ресурсы в трех измерениях: 1) *бесплатного* выбора между альтернативными уровнями власти над противоположными лицами — измерение, мерой которого является коэффициент возможностей; 2) выбранного уровня власти, что, однако, является *затратным* расширением, измеряемым меновой пропорцией; это отношение может быть тем не менее уменьшено при помощи 3) воздержания (*forbearance*)²⁸ — выбора меньшего (вместо большего) уровня власти над отдельным лицом. Следовательно, свобода обозначает отсутствие ограничения или принуждения при расширении воли или увеличении ресурсов некоего лица. Однако свобода обозначает также отсутствие ограничения или принуждения в четвертом измерении воли-в-действии, которое является дополнением расширения, — а именно в экономике.

Рабочий получает заработную плату 1000 долл. в год. Эта сумма ставит предел его экономической экспансии посредством выбора возможностей и экономической власти. Если бы он получал 1200 долл. в год, то его экономическая власть расширилась бы, а если бы он получал

²⁷ Chicago, M. & St. P. Ry. Co. v. Minn. 134 U.S. 418. 1890.

²⁸ См. главу IV, раздел 2.

900 долл., — сократилась. Исходя из того, что его возможности для экспансии измеряются 1000 долл. в год, рабочий распределяет эту 1000 долл. на еду, одежду, жилье, развлечения, табак, виски, религию, книги, образование и т.д. Он тратит 40% суммы на еду, 20% — на одежду, 25% — на жилье, 15% — на другие расходы. Другой человек тратит 40% на виски, 10% — на табак, а оставшееся отдает семье на еду, одежду и жилье.

Из этой схемы распределения покупательной способности мы можем сделать некоторый вывод о характере человека. Один тратит 40% на еду, а другой — на виски. Их власть и возможности одинаковы, но *распределение* возможностей и власти различно. Каждый, вероятно, распределяет свои расходы таким образом, чтобы получить то, что рассматривается им как источник наибольшего удовольствия. В своей схеме распределения возможностей и власти человек раскрывает свою личность. Его схема пропорционального распределения ресурсов есть его жизненный план. Это — схема не только экономики, но и этики. С этической точки зрения, эта схема — нравственный характер человека, его личность, его индивидуальность, его эгоизму симпатии или чувство долга по отношению к другим людям. С экономической точки зрения, эта схема — пропорциональное распределение ресурсов, позволяющее достичь максимальной экспансии данной личности.

Примечательно, как многого и природа, и человек могут достичь без экспансии, посредством одной лишь экономики. Считается, что природа не увеличивает общее количество элементов во Вселенной, но совершает всю свою работу исключительно при помощи изменений в пропорциях, в которых они соединяются. Ее экономика в одном отношении является четкой и эффективной. Вода — всегда H_2O . Протоплазма — всегда определенная пропорция C, H, N, O. Взрыв динамита производит определенный объем газа. Тепло, электричество, движение, жизнь суть виды работы, которую выполняют эти элементы, соединяясь и отталкиваясь друг от друга в предопределенных пропорциях.

Каждый элемент, или часть в группе, является не единицей, добавленной к множеству других: каждый элемент есть как ограничивающий, так и комплементарный фактор. Каждый комплементарен для работы всех остальных и каждый ставит определенный предел для их работы. Избыток одного фактора не обеспечивает такой же работы. Он тратится без пользы. Ограничивающий фактор определяет совокупный объем работы комплементарных факторов. В этом смысле природа расточительна. Она не ищет способов увеличить поступление ограничивающих факторов для достижения желаемого результата. Она оставляет ситуацию такой, какая она есть. Солнце производит тепла больше, чем кто-либо может использовать. Тем не менее оставленные в том виде, в каком они есть, элементы соединяются и отталкиваются в определенных, действен-

ных пропорциях. С точки зрения человека, экономика природы является четкой и действенной, но расточительной.

Животная и растительная жизнь различны, вернее, дополняют друг друга. Примитивная протоплазма бессознательно стремится получить доступ к ограничивающим факторам. Корни стремятся вниз, туда, где они находят питание, а листья и цветы тянутся к Солнцу. Внутреннее строение живого существа — это соединение химических элементов в определенной пропорции, и существо должно получать подобную пропорцию из внешнего мира. Оно разыскивает ограничивающие факторы, избегает бесполезных факторов, без усилий приобретает комплементарные факторы и, таким образом, бессознательно продлевает жизнь посредством как расширения, так и экономии.

Жизнь, обладающая сознанием, является шагом вперед. Находящаяся на более высоком уровне организации, непосредственно движимая или предупреждаемая удовольствием и страданием, она максимизирует удовольствия и минимизирует страдания посредством соединения в определенных пропорциях опрадичивающих и комплементарных факторов в своих усилиях достичь наилучшей пропорции при данных обстоятельствах. Каждое отдельное удовольствие и страдание являются частью целого, и наилучшая комбинация частей — это максимальная удовлетворенность животного.

Жизнь, обладающая самосознанием, является следующим шагом вперед. Это — жизнь человека в обществе, это — экспансия индивида через возможности и власть, доступные преимущественно благодаря сделкам с другими, и это его экономика через соединение в определенной пропорции этих возможностей и власти. Это та самая схема соединения частей, которая, как мы уже предположили, раскрывает характер, индивидуальность, личность и согласовывает этику и экономику. Ибо в этическом и нравственном отношении это соединение в определенной пропорции возможностей и власти является средством самовыражения, саморазвития, «самореализации». С экономической точки зрения, это экономия власти некоего лица над работой других для достижения максимального результата, определяемого характером человека, который таким образом самореализуется. Этический аспект — это схема *человеческих* ценностей, сосредоточенных вокруг его личности. Экономический аспект — это определение пропорций всех внешних факторов в соответствии с их *инструментальной* ценностью для реализации схемы человеческих ценностей.

В этой восходящей — от низшего к высшему — гамме правильную пропорцию можно описать как умножение всех комплементарных факторов на ограничивающий фактор. Ибо экономика — это не простое сложение отдельных единиц, результатом которого является их арифме-

тическая сумма: она подобна умножению некоего одного фактора на ком-плементарные факторы. При сложении числа 5 и 6 дают 11, но при умножении — 30. Кислород и водород могут быть простой суммой атомов, но соединенные в правильной пропорции они суть гром, молния и дождь. Соль — это лишь малый элемент экономики жизни, но обессоливание означает гниение и распад всех частей тела. Поташ — это малый элемент экономики сельского хозяйства, но с поташом урожай может достигать 20 бушелей на акр, а без него — только 5 бушелей. Уголь и масло — относительно малые в количественном отношении элементы фабричного производства, но полный объем произведенного продукта ограничен количеством угля в котлах и количеством масла в подшипниках. Управленческие способности — не более чем один из видов способностей, чья ценность в денежном выражении не столь уж высока сравнительно с общей стоимостью рабочей силы предприятия, но без них 1000 человек — это толпа, а с ними — действующее предприятие. В бизнесе физический капитал нередко бывает мадьяш элементом сравнительно с трудом, но без благожелательного отношения со стороны инвесторов и капиталистов предприятие обречено на банкротство. Предприниматель соразмеряет свое производство с рынком соответствующего товара. Если он выбрасывает на рынок слишком много картофеля и недостаточное количество капусты, то несет убытки в первом случае и упускает прибыль во втором. Предприниматель также соразмеряет факторы производства в рамках своего предприятия. Если он уделяет чрезмерное внимание капиталу и слишком мало — труду или нанимает слишком много работников, но не обладает достаточным капиталом, его предприятие закроют в судебном порядке.

Говорят, что природа не совершает скачков. Она не перепрыгивает от одного вида к другому, совершенно отличному. Да, это так, но когда природа меняет пропорцию, в которой соединяются имеющиеся в ней факторы, она перепрыгивает от газов к жидкостям, от жидкостей к твердым телам, от физики к биологии, от биологии к психологии, от психологии к социологии.

Как хорошо заметил Панталеони²⁹, «закон постоянства состава является одним из тех законов природы, которые имеют самое широкое приложение, и экономическая наука признает один его частный случай. Хорошо известно, что химически тела соединяются только в определенных пропорциях и что любое количество элементов, превышающее требуемое для соединения с другими наличествующими в определенных количествах элементами, остается свободным. Если же количества одно-

²⁹ Pantaleoni M. Pure Economics. 1898. P. 83, 85.

го элемента недостаточно сравнительно с количеством других наличествующих элементов, то соединение произойдет только в тех пределах, которые определит количество первого элемента. Точно так же любое количество товара, которое превышает пропорцию, в которой природа или какое-нибудь техническое искусство может сочетать его с определенным количеством других наличествующих комплементарных товаров, является *бесполезным* или *вредоносным* в том, что касается экономического результата. И если все комплементарные товары, требуемые для производства непосредственного товара, наличествуют в разных количествах, то количество комплементарного товара, который *наличествует в количестве меньшем, чем все остальные*, является тем, что определяет то количество данного непосредственного товара, которое будет произведено; избыточные количества других комплементарных товаров не будут иметь для того никакой пользы. Этот закон постоянства состава имеет колоссальное значение для объяснения очень часто возникающего вида экономического кризиса, который заключается в непропорциональном производстве комплементарных товаров. Это не следует, однако, понимать в том *умысле*, что существует только одна определенная пропорция, в которой могут быть сочетаемы комплементарные товары. Обычно пропорций *много*, но только одна дает по-настоящему удовлетворительный результат. Это *наилучшая* комбинация — та, на которую *направлены* все экономические действия... Если инструментальный товар не может быть немедленно превращен в непосредственный товар, но требует привлечения других инструментальных товаров, как оно обычно и бывает, то мы не можем обсуждать его полезность как таковую *отдельно*, поскольку он подчиняется закону комплементарных товаров. В этом случае также наблюдается тот феномен, что отдельный недостающий элемент может оказаться обладающим всей полезностью [ценностью] по причине того, что для производства непосредственного товара требуется комплекс инструментальных товаров. Инструментальные товары также подчиняются закону *постоянства состава*³⁰.

Здесь мы должны провести различие между возможностью-частью и возможностью-целым. Каждая сделка покупки или продажи является частью совокупной возможности. Продажа бушеля картофеля — это единичная сделка. Продажа 1000 бушелей 1000 покупателей — это совокупность, частью которой является каждая из продаж. Тем не менее совокупность — это не просто сложение между собой 1000 бушелей. Совокупность — это меновая ценность 1000 бушелей, т.е. их покупательная

³⁰ Панталеони приписывал Ортесу (1774) оригинальную формулировку этого закона, ставшего общепотребительным лишь после 1871 г. благодаря Менгеру, который, однако, «ничего к нему не добавил». «Наилучшим же образом данный закон был истолкован Госсеном» в 1854 г.

способность, т.е. активы их владельца. Десять бушелей можно продать по 50 долл., но 1000 бушелей может перенасытить рынок и продаваться по цене меньше, чем 10 долл. за бушель. Убывающая ценность дополнительного бушеля не является ценностью, которая прибавляется к предшествующей ценности 10 бушелей: она на самом деле *изменяет* их ценность и понижает ее, и делает это еще до того, как они проданы. Одно есть *множитель* для *другого*, а не просто прибавление к нему. Каждое добавленное приращение влияет на ценность всех остальных приращений. Его собственная уменьшенная ценность уменьшает ценность всех имеющихся на руках запасов. Здесь ограничивающим фактором является спрос со стороны других лиц. Но спрос со стороны других лиц — это не просто их физическая потребность, но также и предложение других вещей, которые они дают в обмен. Поэтому ограничивающий фактор — это предложение других товаров. Комплементарным фактором является предложение собственных товаров. Соразмерение собственного предложения с предложением других товаров — это суть бизнеса, посредством которого увеличивается ценность активов, а совокупная возможность предприятия — &то не физическая проблема сложения между собой отдельных предметов для получения целого, но психологическая и социальная проблема комбинирования факторов, каждый из которых изменяет величину всех остальных и, таким образом, изменяет не вещи, но активы и обязательства, которые суть меновые ценности вещей.

То же самое касается счастья и добродетели. Перчатка на одной руке может принести определенное удовольствие, но если нет перчатки на другой руке, счастье в целом серьезно уменьшается. Целое не является суммой своих частей, но является их удивительным произведением. Везде в представленных выше комбинациях еды, одежды, жилья, виски и т.д. удовольствие, полученное от всего этого, является не суммой удовольствий или добродетелей, но их произведением, в котором одна маленькая ошибка или порок (хоть бы одни на тысячу) уничтожают добродетель или удовольствие от всего остального и превращают счастье в горе, а нравственность — в постыдное поведение.

Именно таким образом в экономике природы и человека одно лишь соединение в определенных пропорциях ресурсов, без их увеличения и расширения (или даже вопреки их сокращению и уменьшению), само по себе создает новый и удивительный продукт более высокого (или, по крайней мере, другого) в шкале ценностей порядка. Химическая активность есть изменение пропорций химических элементов; имущественные активы, личное счастье и нравственный характер являются соединением в определенных пропорциях возможностей и власти, из которых состоят ресурсы.

В каждой отдельной сфере человеческой жизни имеют место подобные экономические практики: экономика домохозяйства есть комбинирование ресурсов в рамках семьи; экономика предприятия есть объединение в определенных пропорциях земельных владений, оборудования и людских ресурсов в рамках действующего предприятия; политическая экономия есть определение пропорций человеческих факторов в рамках национального государства. И в каждой отдельной сфере экономики имеются внешние пределы, положенные возможностями и властью, которые мы называем увеличением ресурсов: экономика домохозяйства и предприятия ограничены рыночной властью их членов над сторонними людьми, а экономика национального государства — политическими расширением и сокращением, такими как завоевание, оборона, договора и так называемое «проникновение» в другие народы и страны.

В этой восходящей — от природы к человеку и, далее, — к обществу гамме экономики специфическим действием принципа экономики является, как кажется, действие, которое производит центральный, но неизвестный базисный „эдем[^]нт, или сила, или единство, или ядро более высокого порядка, которое собирает и соразмеряет пропорции элементов низшего порядка и, таким образом, возвышает их до своего более высокого единства. Низший из всех порядков (предположим, что это электрон) возвышается до более высокого единства неизвестным ядром атома. Атомы еще более высоким единством химической «силы» соединяются в химические составы и молекулы. Биологическое ядро, чем бы оно ни являлось, — назовем его Жизнь — объединяет в определенной пропорции эти более низкие порядки, которые и сами являются соединением еще более низких, и, таким образом, возвышает их до более высокого единства живого организма. Базисный элемент, обладающий самосознанием, т.е. человеческая воля, опять-таки возвышает более низкие порядки до более высокого единства личности, и, наконец, принцип объединений, или управления, или коллективной воли, или общества, или действующих норм предприятия (как бы мы этот принцип ни называли) является объединением человеческой деятельности в более высокое (или, по меньшей мере, отличное) и более крупное единство. Во всем этом присутствует восходящая гамма экономики, где все находится на своем, более или менее особом уровне, но во всех случаях имеет место соединение частей, которые сами по себе являются целым в своей более низкой сфере, а каждое соединение осуществляется неизвестной силой, которая как подчиняет более низкие порядки себе самой, так и сочетает их в более крупное целое.

Тем не менее экономика неотделима от расширения, или, вернее, экономика является внутренним, а расширение — внешним аспектом одного и того же поведения. Одно — вне, другое — внутри, одно — до-

полнение другого. С внутренней стороны — это некий объединяющий принцип, или сила, жизненное начало, или человеческая личность, или нация, которые согласовывают, подчиняют и, таким образом, объединяют части в новое, более крупное единство. С внешней стороны — это та же самая объединяющая сила, или принцип, который, однако, теперь находится в контактах и конфликтах, действиях и взаимодействиях, обладает силой и слабостью, контролируя других или обращаясь с ними так же (или не так), как с самим собой.

Именно этот принцип экономики не позволяет утверждать, что некий отдельный фактор действующего предприятия или национального государства производит некую определенную часть совокупного богатства. О капитале, труде, управленцах, инвесторах говорится как о производителях не потому, что они физически производят некую отдельную вещь, но потому, что они суть ограничивающие и комплементарные факторы. Каждый является производителем просто потому, что есть необходимая часть целого. Но если он находится в неверной пропорции по отношению к другим, то избыток становится непроизводительным. Каждый производителен в ограниченных количествах, а производство богатства не является просто производством вещей — это соединение в правильной пропорции всех ограничивающих и комплементарных факторов.

Именно это определение правильной пропорции обуславливает возникновение феномена ценности. Ни один из производственных факторов не может произвести ценность, если эти факторы не производят вещи в ограниченных количествах. Ограничение физического производства необходимо настолько же, насколько и его расширение. Важнейшая задача каждого экономического фактора — не производство вещей, а производство ценностей. И эта задача решается при помощи принципа экономики. Поэтому базовыми понятиями экономической теории являются понятия «ценность» и «экономика».

Таким образом, мы увидим, что, переходя от экономики к экспансии индивида, мы движемся вверх — к еще более высокому уровню экономики в той восходящей гамме, о которой мы уже говорили ранее. Экономика — это внутренний, эгоцентричный аспект поведения; расширение — это внешний аспект, который входит в контакт с миром и другими лицами. И тем не менее этот внешний аспект сам может быть взаимоотношением противоположных индивидов в рамках некоего более высокого единства, которое мы рассматриваем как больший или меньший уровень взаимодействия³¹. Более низкую, эгоцентричную экономику мы можем назвать «частной экономикой», более высокую — «политической экономией». Более низкая экономика является объединением воз-

³¹ См. главу IV, раздел 4.

возможностей и власти индивидами, семьями или коммерческими предприятиями ради их частных нужд. Более высокая экономика является объединением поведения тех же индивидов, семей и предприятий государством ради общественных нужд. И точно так же как хорошей или плохой, экономной или расточительной, добродетельной или порочной могут быть частная экономика и частная экспансия, хорошей или плохой, экономной или расточительной, добродетельной или порочной могут быть политическая экономия и политическое расширение.

Таким образом, свобода обладает еще и этим четвертым значением, или содержанием: отсутствием ограничения, принуждения или обязанностей при соединении возможностей, власти и воздержания в соответствии с собственным жизненным планом и собственными идеями относительно того, как получить максимальную выгоду и понести минимальные потери при взаимодействии с другими людьми. Всего же свобода обладает четырьмя содержаниями: возможность, власть, воздержание и экономика. Возможность, власть и воздержание³² суть внешние аспекты содержания свободы, которые мы с экономической точки зрения называем расширением и сокращением, а с этической точки зрения — справедливостью и несправедливостью. В то же самое время внутренние аспекты содержания свободы суть, с экономической точки зрения, хорошая или плохая экономика, а с этической точки зрения — добродетельная или порочная экономика.

* * * *

Мы сказали, что экономика является дополнением расширения. Теперь мы можем сказать, что противоположностью экономики является бесполезная трата. Таким образом, у терминов «противоположность» и «противоположный» имеются три различных значения, и их следует отличать друг от друга. Вещь расходуется без пользы, если она поставляется в количестве, избыточном для соединения в наилучшей пропорции с остальными факторами. Теперь взглянем на нее как на комплементарный фактор. Если она не поставляется в количестве, достаточном для сочетания с другими факторами в наилучшей пропорции, ее нехватка является причиной того, что те расходуются впустую, поскольку теперь она является ограничивающим фактором. В любой беспрестанно изменяющейся экономике каждый фактор попеременно является — вплоть до определенной точки — ограничивающим фактором, и бесполезная трата комплементарных факторов снижается, а работа всех остальных факторов соответственно улучшается *возрастающими темпами*. После прохождения этой точки совокупный продукт может продолжать уве-

³² Эквивалентные физические термины «уклонение», «исполнение» и «воздержание» разъясняются ниже — глава IV, раздел 2.

личиваться, но *снижающимися темпами*. В данной точке другой комплементарный фактор становится ограничивающим фактором. Теперь для улучшения общего результата надо повысить его поставки³³. Таким образом, все ограничивающие факторы дают попеременно возрастающую или убывающую отдачу. Оптимумом является, по всей видимости, середина между максимальной и минимальной отдачей от всех доступных факторов, определяемая приближением к той точке, где «предельные полезности» всех факторов равны. Если этот оптимум не удастся сохранить, то это происходит из-за того, что имеется избыток определенных факторов, и, следовательно, они растрачиваются впустую, так как недостает определенных других факторов, что ограничивает действие всех остальных. Термин «противоположный» используется здесь в значении двух состояний, которые попеременно сменяют друг друга, одним из которых, позитивным, является *хорошая* экономика, а другим, негативным, является *плохая* экономика. Противоположность между экономикой и бесполезной тратой — это не противоположность между чем-то, что является экономикой, и чем-то, что экономикой не является; это противоположность между тем, что является хорошей экономикой, и тем, что является *экономикой* плохой. Одно есть противоположность другого.

Когда, однако, мы говорим (как мы говорили выше) о «расширении», мы отсылаем к чему-то такому, что противоположно экономике в ином значении слова «противоположность», т.е. к тому, что вообще не является экономикой, но есть ее *дополнение*.

И опять-таки, некое лицо может увеличивать свою власть и иметь доступ к широким возможностям и все-таки растрачивать их впустую. Здесь противоположностью расширения является сокращение, в том смысле, что одно является *обратной стороной* другого. Расширение есть увеличение, но его противоположность, т.е. обратная сторона, есть сокращение, или уменьшение.

Таким образом, власть и возможности лица могут уменьшаться в силу внешних по отношению к лицу причин, но оно все еще может находить им экономическое применение. Плохая или хорошая экономика могут идти рука об руку как с увеличением, так и с уменьшением возможностей и власти. Расширяясь, человек экономит, но он экономит и в ситуации сокращения; и в первом и во втором случае его экономия может простирается от хорошего до плохого, от наилучшего до наихудшего. Экономика и расширение суть две стороны одной и той же сделки, одна — внутренняя, а другая — внешняя. Но плохая экономика является противоположностью хорошей, а сокращение — обратной стороной расширения.

³³ Ср.: Clark J.B. Distribution of Wealth. 1899. P. 403 ff.

Четвертое значение термина «противоположность» обнаруживается, когда мы говорим о двух *противоположных* лицах и их двух *противоположных* *экономиках* в рамках одной и той же сделки. Расширение одного может быть сокращением для другого. Если продавец может поднять цены с 10 до 20 центов, то для него это процесс расширения, но для покупателя это процесс сокращения. Экономика одного расширяется в результате той же сделки, в результате которой сокращается экономика другого. Последний может найти возмещение где-то в другом месте, но если речь идет о единственной сделке, то она является расширением для одного и сокращением для другого. Поэтому противоположность между двумя *экономиками* двух лиц обозначает, что одна является *неблагоприятной* для другой. Возмещение, или компенсация, которую получает второе лицо, происходит из наличия у него выбора возможностей. Если для покупателя наилучшей альтернативой является, скажем, цена 25 центов, то он получит прибыль в размере 5 центов, даже если будет вынужден заплатить 20. Так происходит всегда. Лицо всегда получает прибыль в результате выбора, и чем худшей альтернативы ему удастся избежать, тем больше его *прибыль*. Пусть даже выбранная возможность сама по себе не слишком хороша.

Здесь термин «противоположность» относится к противоположным лицам, и мы будем употреблять термин «взаимозависимый» или «взаимозависимость» (*correlation*), для того чтобы обозначить это отношение между двумя противоположными лицами. Два взаимозависимых лица в любой сделке расширяют или сокращают свою власть и возможности в данной конкретной точке. Одно лицо соперничает с другим. Тем не менее каждое лицо является для другого также и возможностью избежать худшей альтернативы, и каждое что-то дает и что-то получает от другого. Именно эта возможность избежать худшей альтернативы благодаря обмену услугами связывает их в более крупное единство интересов; и эту возможность мы можем — сообразно сопутствующему уровню власти, которую лица употребляют по отношению друг к другу, и нежелательности избегаемой альтернативы — охарактеризовать как больший или меньший уровень *взаимности* соперничающих интересов. Здесь мы можем говорить о более высоком или более низком уровне взаимности противоположных лиц, при том, что более высокий уровень является обратной стороной низкого; высокий уровень создает социальное единство, а низкий — социальный конфликт.

Таким образом, отношение между экономикой, экспансией и взаимностью принимает четыре формы, подразумеваемые четырьмя значениями термина «противоположный» или «противоположность». (1) Для одного и того же лица экономика является обратной стороной расширения постольку, поскольку есть внутренний, эгоцентричный, интроспективный, субъективный аспект всех сделок, который объединяет все

отдельные сделки, соединяя их в иное, более крупное единство вокруг основных целей индивида. Тогда расширение является *дополнением* экономики, внешним, отличным-от-меня, объективным аспектом всех сделок, возможностей, власти и воздержания, посредством которых лицо приспосабливается к условиям, а также увеличивает или уменьшает контроль над ресурсами, которые в то же самое время экономятся.

Но опять-таки (2) для одного и того же лица экономика есть *противоположность* бесполезной траты, поскольку второе — это плохая экономика, а первое — хорошая. Или (3) сокращение является *обратной стороной* расширения, поскольку первое есть подчинение силам и влияниям окружающей среды, а второе — это контроль над ними.

Наконец, (4) для противоположных лиц одна экономика является *неблагоприятной* для другой, и одно лицо находится во взаимной зависимости с другим в том смысле, что они оба являются друг для друга возможностью избежать худшей альтернативы и, таким образом, бесплатно увеличить свою власть; тем не менее они соотносятся так же, как употребляющие власть по отношению друг к другу в пределах совершаемой сделки. Из этого отношения между ними возникает то самое, еще большее *единство противоположных лиц*, которое мы определили как высокий уровень взаимности, при том, что противоположный ему низкий уровень взаимности является источником конфликта.

Следовательно, термин «противоположный» или «противоположность» применительно к интересам с необходимостью будет использоваться в четырех зависящих от контекста значениях. (1) Бесполезная трата и экономика противоположны в смысле *противоположных* экономических состояний *одного и того же* лица, одно из которых — хорошее, а другое — плохое. (2) Экономика и расширение противоположны в том смысле, что они суть *дополняющие друг друга* отношения одного и того же лица в одной и той же сделке, одно из которых — внешнее, а другое — внутреннее. (3) Сокращение и расширение, конфликт и взаимность суть *обратные* отношения одного и того же лица в том смысле, что сокращение или конфликт суть уменьшение возможностей и власти, а расширение и взаимность — их увеличение. (4) Сокращение и расширение суть *противоположности* в том смысле, что они являются *неблагоприятными друг для друга* переживаниями *противоположных* лиц в одной и той же сделке, так что сокращение одного есть расширение другого. Тем не менее в зависимости от уровня взаимности каждый из них может чувствовать себя лучше в обществе другого, нежели без него.

III. Физическая, экономическая и моральная власть

Современная экономическая теория начинается с промышленной революции XVIII и XIX столетий. Паровой двигатель был изобретен Джоном Уаттом¹ в том же самом году, когда его друг Адам Смит опубликовал «Богатство народов»^{1 2}. Это сочетание богатства и механизма отчасти объясняет тот факт, что в экономической теории на протяжении почти ста лет господствовали «физические вещи в форме товаров, а не юридические отношения в форме сделок.

Однако экономические Теории Верховного суда США имеют свои истоки в революции в рыночной сфере в XVII в. Это была революция, которая в период между последними годами правления Елизаветы и Законом о престолонаследии 1700 г. сменила феодализм на капитализм. Несогласное мнение в делах о скотобойнях восходит к временам Елизаветы, Якова и Карла, где меньшинство обнаружило прецеденты для своих определений экономической свободы. Судья Филд цитировал дело о монополиях 1602 г.³, в решении по которому наделение Короной частного лица исключительным правом на ввоз, производство и продажу игральных карт на территории страны было объявлено юридически недействительным как противоречащее общему праву и постановлениям Парламента. Он также цитировал дело *Davenant v. Hurdis*, рассматривавшееся тремя годами ранее⁴, суть которого заключалась в том, что гильдия портных, действовавшая в соответствии с предоставленной Короной привилегией, пыталась добиться того, чтобы заниматься данным ремеслом могли только члены гильдии, однако это постановление гильдии было признано судом недействительным. Точно так же закон, регламентировавший предоставление промышленной монополии,

¹ Так в тексте оригинала. — *Примеч. пер.*

² Это не соответствует действительности. Смит опубликовал «Богатство народов» в 1776 г., а Джеймс (а не Джон) Уатт создал действующую модель своей паровой машины в 1765 г.; в 1776 г. паровой двигатель Уатта был впервые применен на производстве. — *Примеч. пер.*

³ 161 Wall. 102; Trin. 44 Eliz. 1602. II Coke's Repts. 84,86.

⁴ Trin. 41 Eliz. Moore (K.B.) 576. 1599; 72 Eng. Rep. 769.

утвержденный в 1624 г., объявлял недействительными все предоставленные Короной «исключительные права продавать, покупать, производить, вырабатывать или использовать что-либо» на территории страны, за исключением патентов на новые изобретения, печать и изготовление некоторых средств ведения войны.

Судья Брэдли углубился в прошлое еще дальше, дойдя до 1215 г., и утверждал, что право на экономическую свободу постулировалось уже в Великой Хартии вольностей, где говорилось: «Ни один свободный человек не будет арестован или заключен в тюрьму, или лишен фригольда, свобод или дохода, или объявлен стоящим вне закона, или изгнан, или каким-либо иным способом обездолен, и мы не пойдем на него и не пошлем на него иначе как по законному приговору равных его и по закону Страны»⁵.

Теперь известно, что с исторической точки зрения эта ссылка на Великую Хартию является некорректной⁶. Термин «вольности» («libertyies»), как он здесь используется, не означает ни личную свободу, ни экономическую. Личная свобода предусмотрена в другой статье: «Ни один свободный человек не будет арестован или заключен в тюрьму». Термин «вольности», напротив, подразумевает, в общем, феодальные и иные особые привилегии, иммунитеты, право вершить правосудие, льготы и лицензии, будь то непосредственно данные Короной подданному или истребованные им по праву давности, которое предполагало предшествующее пожалование. Они не отличались, если говорить об их юридической силе, от раздачи сувереном земли своим подданным. Король мог продавать привилегии или лицензии точно так же, как он мог продавать или отбирать земли, принадлежащие Короне⁷. Все таковое, будучи единожды полученным, становилось признанным употреблением исключительных прав королевской власти в руках получателей. пожалования или даже монополии на торговлю были одними из таких привилегий, или лицензий, так что когда бароны в 1215 г. требовали свои «вольности»⁸, или когда гильдия в 1599 г. добивалась права принимать собственные постановления в рамках своих привилегий, или когда ли-

⁵ McKechnie W.C. Magna Carta. Chap. 29; цит. в: 16 Wall 114.

⁶ McKechnie W.C. Magna Carta. 1914. P. 394. См. также цитированную ранее книгу Шэттака.

⁷ Holdsworth W.C. A History of English Law. 3rd ed. Vol. 1. 1923. P. 169, 479.

⁸ В исходном тексте Великой Хартии вольностей (1215 г.) в приведенном ранее параграфе упоминания о «вольностях» вообще отсутствуют; вероятно, они были включены в него позже, в 1225 г. Именно на этот, более поздний (сокращенный) вариант (в официальной редакции 1295 г.) текста обычно ссылаются американские и английские законодатели и судьи (судья Брэдли, по тексту которого цитирует данный параграф Великой Хартии автор, не был здесь исключением). — *Примеч. пер.*

цензиат короля отстаивал в 1602 г. свои права на монополию, или когда феодальные лорды заявляли о своих правах на свои земли, все они добивались своих «вольностей».

«“Лицензии” и “вольности”, — говорит Блэкстоун, — употреблялись как синонимы, а определить их можно как королевские привилегии, или некий тип королевских прерогатив, находящийся в руках подданного. Следовательно, полученные от Короны, они должны быть производными от пожалования короля; или же, в некоторых случаях, ими можно было обладать на основании неписаного закона, который предполагал предшествующее пожалование». Блэкстоун упоминает о лицензиях на уголовное (лит) или гражданское судопроизводство, на владение манором или поместьем, на владение бесхозными вещами, животными, кладами и выброшенной на берег рыбой, а также вещами, посредством которых было совершено убийство (деоданд); на содержание ярмарок, рынков или на право взимать пошлины; на лесное хозяйство, охотничьи угодья и участки с мелкой дичью, ловлю зверей и рыболовство (последние лицензии передают их⁹ владельцам исключительное право короля на охоту). «Вольность -г'это все равно что лицензия, поскольку определенное число лиц образуют некую корпорацию и существуют в качестве таковой, обладая возможностью сохранять непрерывную преемственность и совершать другие корпоративные действия»⁹.

Таким образом, «вольности» — это королевские привилегии и королевская власть, монополистические по своему характеру, пребывающие в руках подданных, а тот, полностью отличный, смысл «свободы», который подразумевает как раз отсутствие монополии, имеет своим истоком не эти прерогативы, но общее право.

Общее право берет свое начало в традициях «свободных», или, вернее, привилегированных, людей (привилегированных в том отношении, что им позволялось обращаться с ходатайствами в королевский суд и быть свидетелями и присяжными при рассмотрении в этом суде ходатайств других). Они наделялись этой привилегией на основании того, что они несли военную службу в королевской армии и как арендаторы владели землей, непосредственно или опосредованно полученной от короля. «Свободные» были «фригольдерами», в то время как «зависимыми» были крепостные или копигольдеры, а также торговцы и ремесленники из деревень и городов, которые впоследствии приобрели свою «независимость» через привилегии, дарованные их гильдиям или корпорациям.

Институты свободы и собственности происходят именно из этих традиций фригольдеров, которые разрешались и защищались королевскими судьями. Данный процесс заключался просто в запрете частного

⁹ Bla. Com. 37.

возмездия за убийство, разбой или грабеж и в требовании, чтобы истец и ответчик являлись в суд и подчинялись его решению. Именно изобретение судебных приказов, требовавших присутствия сторон на суде, «создало английское общее право»^{10 11}.

Изначально целью короля было только получение доходов и сохранение мира среди подданных, и именно эти намерения привели к тому, что королевские судьи при помощи фригольдеров в интересах ходатаев разработали судебные процедуры и средства судебной защиты, которые впоследствии стали юридическими правами лиц, правами на собственность и свободу.

С самых давних времен эти судьи и землевладельцы установили общеправовую норму против ограничения торговли со стороны мелких торговцев и ремесленников, которые были «несвободны» в том смысле, что не могли обращаться в королевский суд. Например, известно, что в начале XIV в. некий местный, не слишком сведущий, суд оштрафовал нескольких свечников, вдэтрые «сговорились, что никто из них не будет продавать фунт свечей дешевле, чем другие»¹¹. Таким образом, свобода торговли среди предпринимателей стала нормой общего права землевладельцев, вплоть до замены в XVII в. нормой торгового права о «добросовестной. торговле».

Именно эти понятия общего права о личных правах, правах на собственность и свободу в период правления Елизаветы и Стюартов вошли в конфликт с прерогативами монархов. Путь к этому был подготовлен двойственным смыслом термина «свобода». Он мог обозначать «вольности» Великой Хартии, каковые были привилегиями землевладельцев, полученными от монарха, а мог обозначать свободу покупать и продавать, свободу от насилия, грабежа и вторжения на частную территорию, каковые свободы выводились из общепризнанных традиций, составлявших общее право. Эти два значения были несовместимы, они находились в противоречии между собой. Независимость (*freedom*), или свобода (*liberty*) в смысле наделенности королевскими прерогативами, подразумевала отношение между высшим и низшим; независимость, или свобода в смысле общего права, подразумевала отношение равенства между представителями одного и того же класса. Первое может быть более точно определено как «независимость», а второе — как «свобода»¹². Независимость была наделением властью — для того, чтобы получатель мог быть причастен к привилегиям тех, кто находился в особой милости у вышестоящего лица. Свобода была правом на равное отношение к ин-

¹⁰ Jenks E. A Short History of English Law. 1912. P. 45.

¹¹ Pollock F. The Genius of the Common Law // 13 Col. Law Rev. 1913. P. 2-3.

¹² См. главу IV, разделы 4,5.

дивидам, которые принадлежали к одному и тому же классу, привилегированному или непривилегированному, установленное общим правом. Равная свобода была совместима с неодинаковой независимостью.

Именно это противоречие, а также двойственный смысл термина «свобода» характеризуют ту длительную борьбу, которая шла почти весь XVII в., пока не завершилась принятием Закона о престолонаследии в 1700 г. Когда в период царствования Елизаветы промышленность стала выходить на национальные рынки, одна из нескольких королевских прерогатив — исключительные привилегии на рынке, также расширилась. Сначала эта прерогатива использовалась Елизаветой для того, чтобы стимулировать добычу минеральных ресурсов, развитие новых видов промышленности, а также новых технологий, материалов или продуктов (как импортированных, так и изобретенных). В этом отношении королевские привилегии распространились на бесчисленные виды товаров, что затем вылилось в явные злоупотребления со стороны привилегированных фаворитов¹³. Связанное с этим политическое восстание, завершившееся созданием Английской республики, хорошо известно. Что касается правовой стороны вопроса, то все это отразилось в новом определении монополий и свободы, основанном на ошибочных толкованиях исходных значений этих терминов. В последние годы правления Елизаветы эти ошибки проявились в деле о монополиях и деле *Davenant v. Hurdis*, а позже — в некоторых других делах, слушавшихся в период правления Якова I⁴. По мнению МакКехни, источником этого исторического заблуждения является преимущественно Коук, который, «следуя своему порочному методу, предполагавшему наличие в Великой Хартии оснований для любого современного ему правового принципа, ввел в заблуждение целые поколения толкователей»¹⁵. В частности, Коук, интерпретируя термин «вольности» (*de libertatibus*), употребляемый в Великой Хартии, заявил, что любая монополия противоречит принципам Хартии, поскольку «монополии — против свободы и независимости подданных и против закона Страны». В этом заблуждении, утверждает МакКехни, за Коуком «усердно следовали все»¹⁶. Тем не менее данная ошибка пошла на благо, поскольку, по словам МакКехни (133), «если нечеткие и неконкретные выражения Коука затемнили смысл многих параграфов Великой Хартии и стали причиной распространения ложных концепций развития английского права, то эти же самые ошибки сослужили колоссальную службу для прогресса конституционного права».

¹³ *Cunningham W.* The Growth of English Industry and Commerce. 1903. Vol. I. P. 58, 75, 286. Ссылка судьи Филда в: 16 Wall 47.

¹⁴ *Tailors of Ipswich*, II Coke. 53. 1615.

¹⁵ *McKechnie*. Op. cit. P. 385.

¹⁶ *Ibid.* P. 384; *Coke*. Second Institute. 47.

Поэтому так называемые «вольности» Хартии, на которые в делах о скотобойнях ссылалось несогласное судейское меньшинство для того, чтобы включить понятие «свобода выбора» в определение собственности, были как раз противоположностью собственности и свободе, ибо они не только *не* были правами на собственность, но и отрицали права на собственность и свободу всех подданных, кроме тех, кто этими «вольностями» обладал. Монополии, которые вышли на первый план в результате роста промышленности в период правления Елизаветы, были не чем иным, как явным использованием королевской прерогативы наделять одних подданных возможностью употреблять верховную власть по отношению к другим подданным. Когда в Великой Хартии бароны заявляли претензии на свои «вольности», они требовали личных привилегий, или право употреблять верховную власть. Они требовали не свободы и собственности, но выгодного положения в правительстве, основанного на личных отношениях вышестоящего и нижестоящего, господина и подчиненного, которые характеризуют отношения верховной власти к привилегированным лицам; и Великая Хартия утверждала именно то, что бароны ^{не} должны лишаться королем этих личных верховных привилегий. Это были притязания на преимущественное право на монополию¹⁷, подкрепленные личной благосклонностью и верховной властью суверена, а не требования равной свободы для всех подданных владеть собственностью и продавать или покупать ее. Короче говоря, «вольности» подразумевали не свободу и собственность, но политические привилегии.

Историческая ошибка Коука при определении свободы была повторена судейским меньшинством в делах о скотобойнях при интерпретации Четырнадцатой поправки, а затем — всеми судьями в деле Олгейера. При этом в деле Манна и в деле о миннесотских тарифах суд, как уже отмечалось¹⁷, изменил к тому же и определение власти — с физической на экономическую. Конституция Соединенных Штатов, равно как и Четырнадцатая поправка, согласно утверждению большинства в делах о скотобойнях основывалась на принципах общего права, в котором термин «собственность» обозначает физические объекты (будь то земля или движимое имущество), которыми гражданин владеет для того, чтобы пользоваться ими самому, и это право закон защищает от всех других граждан, а термин «свобода» обозначает свободу от рабства со стороны других лиц.

В то же самое время в американских условиях старая прерогатива короля превратилась в регулирующую власть законодателей. Впоследствии, в деле Манна, большинство изменило определение власти. На-

¹⁷ См. главу II.

званная прерогатива, т.е. регулирующая власть, является физической властью суверена над подданными, а та власть, которая была выявлена при рассмотрении дела Манна, была экономической властью гражданина над гражданином. Здесь опять-таки два значения власти сливаются воедино, как сливались воедино два значения свободы, поскольку узаконенная монополия, или лицензия, в основе которой как таковой лежит прямое участие физической власти суверена, препятствующей конкуренции, экономически тождественна власти частной собственности, такой как элеватор в Чикаго, владельцы которого обладали властью назначать за свои услуги такие цены, которых те не стоили, благодаря своему особому положению, а не закрепленным законом препятствиям для конкуренции. В первом случае конкуренции препятствуют физически, во втором — экономически. В первом случае от равной свободы конкуренции со стороны всех прочих лиц монополиста защищает благосклонность суверена; во втором случае собственник получает выгоду благодаря своему экономическому положению, а суверен относится к его свободе и собственности точно так же, как к свободе и собственности других. Наконец, и тот и другой случай имеют место в силу того, что физическая власть суверена защищает владельца монополии или хозяина ситуации. Однако в случае узаконенной монополии защита заключается в прямом запрете конкуренции, а в случае благоприятной ситуации суверен защищает только самого хозяина ситуации. В обоих случаях возникает экономическая власть, поскольку экономическая власть есть просто власть отказывать другим в том, в чем они нуждаются. Короче говоря, изменение в понятии собственности от физической вещи к меновой ценности вещи есть замена понятия «*владение (holding)*» вещью для собственного использования» на понятие «*отказ в предоставлении (withholding)*» вещи другим для использования» (при этом в обоих случаях власть суверена обеспечивает физическую защиту).

Переход от понятия владения вещами для собственного использования и употребления к понятию экономической власти над другими очевидным образом сопровождал историческую эволюцию собственности от рабства, феодализма и колониализма в условиях малонаселенности к торговле и предпринимательству в условиях давления населения на ограниченные ресурсы. Там, где производство было изолированным, или там, где владелец контролировал все материальные вещи и всех работников, необходимых для поддержки его самого и тех, кто от него зависел, понятие исключительного владения для собственных нужд было работающим определением собственности. Но при расширении рынков и освобождении работников, когда люди начали жить за счет торговли и продажи, когда население выросло, а все ресурсы стали частной собственностью, власть *отказывать* другим начала постепенно возникать

из власти исключительного владения для своих нужд в качестве экономического атрибута собственности. Первое включено во второе, но не развернуто, пока новые условия не высвобождают его. Как чешуйки рептилии стали перьями птицы, когда ее окружающей средой стала не вода, а воздух, так же и владение для своих нужд становится отказом другим, когда окружающая среда меняется от производства к торговле. Этот переход был малозаметен, пока торговец, мастер, рабочий объединялись в рамках мелкой частной собственности, но стал очевиден, когда все возможности были исчерпаны, а бизнес стал вестись корпорациями с использованием кредитной системы, консолидирующей собственность под контролем собственников-абсентеистов. Тогда и стала преобладать власть собственности как таковая (*per se*), отличная от власти, пребывающей в личных возможностях или в особом даре суверена. В случае редкого и изолированного населения, живущего сельским хозяйством и сопровождающим его доиндустриальным ручным производством (представителями которого, *бурды* мясники из дел о скотобойнях), трудовые, умственные и управленческие способности владельца не могли быть отделены от функционирования физического производства. Но в случае корпораций, вовлеченных в дела о железной дороге и складских помещениях, управляющие и работники являются доверенными лицами и служащими собственников-абсентеистов, а собственность последних осуществляет свою тихую власть руководства и подчинения в соответствии с одним лишь решением невидимого совета директоров. Если к этому добавить давление населения и возрастающий спрос на ограниченные запасы металла и минеральных ресурсов, гидроэнергии, земли (в густонаселенных центрах), то одно лишь обладание собственностью превращается во власть отказывать, власть куда большую, чем рабочий имеет над своим трудом, инвестор над своими сбережениями, и большую, чем любая другая известная власть, в те времена, когда она формализовалась ранним общим правом и ранним коммерческим правом. Обладание собственностью становится властью, позволяющей получать вещи в ходе обмена с другими лицами при отсутствии и в полном отвлечении от индивидуальных человеческих способностей: властью собственности как таковой (*per se*), действующей тихо, но явственно различимой и отличной от трудовых, умственных и управленческих способностей ее владельцев.

Эта власть собственности как таковой, власть отказывать, которая проявляется в этих крайних случаях, есть не что иное, как расширение той власти, которая существует в любой собственности как источнике ценности-при-обмене и которую можно охарактеризовать как выживающую *власть*, власть, позволяющую воздерживаться от обмена, пока противная сторона не согласится на сделку. В то время как в качестве

инвесторов собственники оказывают важнейшую услугу, соглашаясь подождать вознаграждения, как *участники сделки* своей способностью выжидать они определяют условия, на которых это вознаграждение будет получено. Выжидающая власть рождается из услуги ожидания, когда все естественные возможности исчерпаны, а индивидуальные услуги сотен и тысяч инвесторов объединяются в коллективную власть корпораций, имеющих доступ к рыночным возможностям.

Понятие функционирования собственности соответственно расширяется. Понятие исключительного владения для собственного использования и употребления тождественно с тем аспектом собственности, который мы охарактеризовали как «экономику». Это всего лишь деятельность по соединению в определенной пропорции имущества и власти некоего лица, без расширения, с целью получения от всего этого максимальной чистой прибыли. Юридическое понятие «владение» есть экономическое понятие «экономика». Однако это определение пропорций заключается только в определении различных направлений, в которых может употребляться наличная власть. Поэтому когда в условиях купли-продажи возникает тот аспект собственности, который есть расширение, тогда юридическое понятие исключительного владения становится также и экономическим понятием власти отказывать другим. Владение есть экономика, отказ — экономическая власть.

Именно это постепенное развитие собственности от владения к отказу мешает на первых порах понять значение последнего. Судейское меньшинство в делах о скотобойнях добавило к понятию владения физическими вещами понятие выбора, однако идея выбора, очевидно, предполагала не выбор между двумя уровнями власти над людьми, но *выбор между физическими вещами*. Тем не менее этот тип выбора является в действительности выбором между двумя уровнями власти, хотя объект, в отношении которого употребляется власть, является силами природы, а не волей других людей. Такое понятие власти относится, строго говоря, к естественным наукам с их инженерным подходом. Человек покоряет природу, преодолевая ее сопротивление, что, как полагал Адам Смит, есть нечто вроде обмена с ней. И поступая подобным образом, человек избирает то, что представляется ему линией наименьшего сопротивления и является также линией наибольшей власти. Это верно для физики, химии, биологии и даже психологии — наук, которые оказывают поддержку в преодолении сопротивления вещей, животных и людей.

Но в этих случаях сопротивление оказывают объекты, которые не обладают правом сопротивляться или правом отказывать в услугах при обмене. Другое дело граждане, отличающиеся от просто человеческих существ. Граждане обладают моральным или юридическим *правом* отказывать, правом, которое защищено (или считается защищенным) вер-

ховной властью, и уровень их власти, таким образом, как предполагается, влияет на то, какое решение эта верховная власть выносит по данному вопросу. Этот момент вначале был обойден вниманием или, возможно, просто не рассматривался как проблема, а потому определение свободы выбора, или «свободы заключения договора», данное меньшинством в делах о скотобойнях и принятое впоследствии большинством, осталось на позициях некоего варианта «естественного права» выбирать между двумя различными уровнями власти над силами природы или же лишь пассивного выбора между предложенными социальными возможностями, но без всякого употребления власти по отношению к предлагающему. В этом отношении их идея выбора относится скорее к понятию экономики, нежели к понятию расширения. Это — выбор в смысле выбора предпочтений, которые более никого не затрагивают, но не выбор в смысле выбора власти над другими. Определение еще годится на уровне инженерной экономики или экономики бизнеса, но не может употребляться на уровне политической экономии, который был достигнут впоследствии в деле Манна. В более поздних делах власть отказывать другим рассматривалась как присуждающая власть, требующая ограничения со стороны физической власти суверена.

Это расширение собственности с экономики до экономической власти также отделило (или, по крайней мере, отличило) управляющих от собственников. В самом деле, работа управляющего состоит преимущественно в соединении в определенной пропорции факторов производства для получения наилучшего результата; но функция собственников заключается в определении обстоятельств, условий, цен и ценностей, в соответствии с которыми факторы производства будут приобретаться у других или продукция будет продаваться другим.

Это постепенное и зачастую трудноразличимое развитие собственности от владения к отказу, от экономики к власти, от обладания к управлению может отчасти объяснить приверженность суда примитивным идеям собственности, в то время как сама реальность незаметно становилась все более сложной. Именно это обстоятельство приводит нас к необходимости отличать не только экономическую власть от физической, но и обе эти власти от власти личности, которую мы назовем моральной властью.

В условиях господства примитивных, почерпнутых из общего права понятий собственности как исключительного владения физическими объектами для использования самим владельцем было едва заметно, что функционирование собственности есть власть, которую она добавляет к приказаниям, уговорам и принуждениям со стороны ее владельца. Эти отношения были личными отношениями, зависящими от относительного уровня трудовых, умственных и управленческих способностей

лица. Если суду требовалось устранить неравенство, то речь шла о неравенстве, происходящем из неравенства в личных возможностях или в личных привилегиях, дарованных индивидуальным сувереном. Это неравенство в личных возможностях возникало из-за некоей выгодной позиции, которую одно лицо занимало сравнительно с другим: не столько благодаря владению собственностью, сколько благодаря личным отношениям высшего и низшего, господства и подчинения, которые являются неотъемлемой частью взаимодействия между людьми. Главнейшее отношение этого типа — отношение суверена и подданного — мы только что рассмотрели в аспекте дарования «вольностей», или особых привилегий, подданным, пользующимся благорасположением суверена. Исторически это является личным отношением господства и подчинения, а не отношением равных прав владения собственностью. Подобная власть высшего лица над низшим, отличная от экономической власти собственности, наблюдается в отношениях родителей и ребенка, мужа и жены, опекуна и опекаемого, врача и пациента, адвоката и клиента, исповедника и кающёгосф, начальника и подчиненного, хозяина и слуги и т.д. Исходя именно дз этих личных отношений высшего и низшего, а не из отношений экономической власти, вытекающей из собственности, суды в период, предшествующий делу Манна, выработали доктрину о возможности злоупотребления личной властью, которая проходила под различными названиями: «злоупотребление влиянием» (*undue influence*), «принуждение», «насилие» и «неадекватность возмещения».

Как мы уже видели, монополии, которые вышли на первый план с развитием промышленности в елизаветинскую эпоху, были не чем иным, как очевидным употреблением личной физической власти суверена в наделении подданных возможностью использовать его власть в отношении других подданных. Это были личные привилегии, а не права на владение собственностью. Именно отмена некоторых из данных привилегий и распространение остальных привилегий равным образом на всех граждан и позволили возникнуть самому этому праву владения собственностью. Это означало снижение личного влияния суверена или его фаворитов при использовании верховной власти для физического принуждения других лиц и, в ходе ликвидации насилия, мошенничества и разного рода неравных личных отношений, сделало возможным, чтобы одно лишь владение частной собственностью начало функционировать в качестве непосредственной экономической власти.

В тех областях, где абсентеистская собственность не предложила четкого различия между управлением и владением, эволюция права происходила в строгой приверженности концепции личного неравенства, не видя и не признавая неравенства, возникающего от одной только экономической власти собственности. В раннем общем праве понятие

«принуждение», например, возникает из концепции личного неравенства. Признаки принуждения, наличие которых необходимо доказать, для того чтобы расторгнуть договор через подачу в суд иска о принуждении, исходно подразумевали физическое насилие и включали такие непосредственные угрозы жизни, здоровью или собственности, которые могли бы подавить волю мужественного и стойкого человека. Со временем в доктрину вносились поправки, и речь шла уже о том, что может подавить волю лица, не отличающегося выдающейся твердостью характера. Эти объективные стандарты применялись только к актам совершения физического насилия или угрозам его применения (таким как лишение жизни, членовредительство, причинение повреждений, влекущих инвалидность), но не к угрозам лишения собственности или к фактическому ее лишению. Наконец, уже в наше время было внесено еще одно изменение, и «принуждение» стало подразумевать не эти внешние признаки, а действительное состояние ума, возникшее в некоем лице из-за угроз почти любого типа, которые делают это лицо неспособным проявить свою свободную¹⁷ волю¹⁸. Тем не менее никогда не считалось, что принуждение, или давление, может оказываться лишь посредством превосходящей экономической власти отказывать другим в нужных им объектах. Основание принуждения видели только в неравенстве физических, умственных или управленческих способностей, но не в неравенстве экономической власти, имеющей источник в собственности.

Сходное различие между неравными способностями и неравной собственностью обнаруживается в юридическом понятии «злоупотребление влиянием», охватывающем доверительные или особые отношения превосходства, такие как те, о которых говорилось выше (например, отношения между родителями и ребенком, опекуном и опекаемым, мужем и женой, адвокатом и клиентом, маклером и клиентом и т.д.). Здесь основанное на неравенстве «злоупотребление влиянием» рассматривалось как вариант мошенничества¹⁹ или как злоупотребление доверительными отношениями (когда одно лицо зависит от рекомендаций, влияния или опеки другого лица). Даже в этих случаях тот факт, что возмещение, или компенсация, получаемая по договору более слабой стороной, не является адекватной, сам по себе не будет мотивом для расторжения договора между сторонами, хотя в данном случае и могут появиться основания для его расторжения²⁰. К злоупотреблениям ведут личные доверительные отношения, а не различия в экономической власти, определяемые собственностью.

А.

¹⁸ Galusha v. Sherman. 105 Wis 263, 274, 278. 1900.

¹⁹ Pollock on Contract. 9th ed. 1921. P. 648, 667.

²⁰ Page on Contracts. Par. 225. 1905.

Но если между сторонами не существует отношений, понимаемых как доверительные или особые (отношений, которых, как предполагается, не существует в обычных договорах между продавцом и покупателем или работодателем и наемным работником), тогда неадекватность возмещения, сама по себе, не только не дает оснований для обвинения в «злоупотреблении влиянием, но скорее является основанием против такого обвинения и в пользу отказа от рассмотрения дела. Суды не будут взвешивать относительные навыки сторон договора и не признают — только на основании неравенства этих навыков — недействительным договор, заключенный благодаря отсутствию должных навыков у одной из сторон. Так будет даже в том случае, если одной стороной является индивид, а другой — опытный юрист или управляющий, действующий от лица корпорации²¹. В соответствии с этим подходом тот факт, что одна сторона может причинить другой материальный ущерб, вполне соответствует закону, если доминирующая сторона или ее доверенное лицо во всем остальном действуют в рамках своих установленных законом прав²². Даже в крайнем случае «недобросовестной сделки» для признания договора недействительным суд должен обнаружить неравенство личных, а не экономических отношений. При недобросовестной сделке неравенство «столь велико, значимо и очевидно, что любой здравомыслящий человек при ознакомлении с ее условиями не удержится от восклицания по поводу этого неравенства». В этом случае, «когда цена столь неадекватна, что разум восстает против нее, суд будет цеплять-

²¹ Dundee v. Connor. 46 N.J. Eq. 576, 581. 1890. Суть дела заключалась в том, что адвокат компании убедил вдову согласиться на получение меньшей, чем положено, компенсации за смерть мужа.

²² Coppage v. Kansas. 236 U.S. 1, 9. 1915. Суть дела заключалась в том, что от работника — для сохранения места — потребовали отказаться от членства в профсоюзе, обеспечивавшего ему страхование жизни. В ходе слушания ссылались на следующие прецеденты: 1. Дело Hackley v. Headley (45 Mich. 569. 1881), суть которого заключалась в том, что кредитор, находившийся под прямой угрозой банкротства, был вынужден — для того, чтобы немедленно получить сред-

ства, — согласиться на требование своего должника снизить выплаты по долгу, хотя они и так уже были просрочены. 2. Дело Emery v. City of Lowell (127 Mass. 139, 141. 1879), постановление по которому гласило: «Было бы опасно ставить вопрос о возвращении уплаченных денег в зависимость от срочных нужд заплатившей стороны». 3. Дело Silliman v. U.S. (101 U.S. 465, 471. 1879), суть которого заключалась в том, что истцы смирились с «явным нарушением» их прав и согласились на уменьшение компенсации «только потому, что нуждались (или полагали, что нуждаются) в деньгах для ведения своего бизнеса и для того, чтобы расплатиться по своим обязательствам перед третьей стороной». 4. Дело Custin v. Viroqua (67 Wis. 314. 1886), суть которого состояла в том, что истцу не вернули незаконно истребованные лицензионные сборы, которые он заплатил, чтобы не прекращать работу своего предприятия.

ся за самые малейшие признаки принуждения или злоупотребления, чтобы признать договор недействительным». Однако неадекватность вознаграждения сама по себе есть «лишь один признак наряду с прочими, которые используются для определения того, имеет ли место мошенничество или “злоупотребление влиянием”, хотя и как таковая она может быть достаточно значимой, чтобы доказать мошенничество или обман»²³.

Тем не менее следует отметить важное различие между упомянутым выше принуждением на основании личных отношений и экономическим принуждением. Суды различают «принуждение лица» (duress of person) и «незаконный арест имущества» (duress of goods). «Принуждение лица» — это угроза физического насилия; «незаконный арест имущества» — это удержание одним лицом имущества другого с целью вынудить его совершить нечто против его воли. Поэтому «незаконный арест имущества» есть *незаконный* отказ в предоставлении чего-либо другим, а экономическое принуждение есть *законный* отказ. «Незаконный арест имущества» есть отказ предоставить некоему лицу то, что по закону принадлежит ему *и* в чем оно нуждается, а экономическое принуждение есть отказ в предоставлении некоему лицу того, в чем оно нуждается, но при этом ему не принадлежит. «Незаконный арест имущества» есть незаконное экономическое принуждение, а экономическое принуждение есть законное принуждение.

Таким образом, если следовать постановлению судьи Питни в деле Коппиджа (1915), употребление экономической власти (или более высоких умственных и управленческих способностей) в отношении других абсолютно законно, если только привилегированное положение было получено не на основании признанных особых личных отношений (таких как отношения доверия, опеки, зависимости и т.п.), которые считаются наиболее подверженными злоупотреблениям. Если же имеет место возмутительное злоупотребление экономической властью, то само по себе оно не является злоупотреблением, преследуемым по закону, хотя и может побудить суд «цепляться за самые малейшие признаки принуждения, чтобы признать договор недействительным». Как заявил судья Кули в решении по одному из упомянутых в сноске дел²⁴, «было бы несправедливо и в высшей степени опасно признать, что один и тот же договор может иметь юридическую силу, если человек находится в благоприятных обстоятельствах, и не иметь ее, если он находится перед лицом необходимости произвести незамедлительные выплаты по векселям».

²³ См. дела, упомянутые в предыдущей ссылке.

²⁴ Hackley v. Headley. 45 Mich. 569, 577. 1881. См. также у Поллока, Энсона, Пэйджа общие темы: «принуждение», «злоупотребление влиянием», «неадекватность возмещения» и «недобросовестная сделка».

Вполне естественно, что суды не торопились признавать договора недействительными даже в крайних «кабальных» случаях, так как решение суда — это, как правило, законодательство, касающееся прошедшего. Однако иначе обстояло дело в случаях, когда суды объявляли неконституционными законодательные акты, которые были направлены на заблаговременное предотвращение принудительных договоров. Установив посредством судебных прецедентов право более сильной стороны пользоваться своими преимуществами, суды (в деле Коппиджа и некоторых других делах²⁵) объявили неконституционными разнообразные постановления, направленные на предотвращение принуждения, которые суды не решились изменить *ex post facto* (после свершившегося факта). Эти постановления аннулировались, как правило, на том основании, что они лишали владельцев свободы или собственности без должной правовой процедуры. Мнения судов, как представляется, являлись пережитками примитивного определения собственности как лишь владения вещами для использования самим владельцем или свободы как лишь пассивного выбора возможностей — хотя сама реальность уже изменилась и определение, собственности было распространено также на власть отказывать, а сам Верховный суд в других делах (например, в деле Манна и в деле о железнодорожных тарифах) признал это изменение. Вряд ли можно было ожидать, что право будет эволюционировать в строгом соответствии с этими фактами, и некоторое запаздывание во времени было бы не столь важным, если бы суды, ссылаясь при этом на американскую Конституцию, не накладывали бы вето на акты законодательной и исполнительной власти, когда те старались идти в ногу с изменяющимися экономическими условиями. Вполне понятно, что суды не должны были изменять свои определения слишком быстро, поскольку люди и законодательная власть действуют, ожидая, что суды будут придерживаться старых определений, а изменение в определении приравнивается к закону *ex post facto* (после свершившегося факта), и поскольку, как правило, суды не вмешиваются в спор до тех пор, пока кто-нибудь не совершил действие или не высказал угрозу его совершить, а изменение в определении изменяет условия всех договоров и всех ожиданий, в соответствии с которыми люди, законодатели и Конгресс действовали ранее. Именно так и произошло, когда суд изменил определение свободы и собственности в Четырнадцатой поправке со свободы раба на свободу владельца собственности. Иначе обстоит дело с законодательной властью, которая согласно Конституции не имеет права вводить законы *ex post facto*, и соответственно законодательные акты этой ветви власти приложимы только к будущим договорам и к будущим действиям людей. Когда, еле-

²⁵ См. главу IV, раздел 2.

довательно, в данных делах суд придерживался старых определений и налагал вето на постановления законодателей, он препятствовал им в продвижении нового определения собственности, отвечающего новым фактам власти, хотя сам суд в других делах предложил определение, которое отвечало новым фактам свободы.

Все это, конечно, не означает, что имеется некое четкое, заранее заданное различие между личной властью и властью собственности. Они всегда связаны между собой, поскольку собственность есть не что иное, как инструмент, при помощи которого действуют лица. Собственность есть возможность для применения способностей. Линия раздела между лицами и собственностью — это скорее зона неопределенной ширины; одно или другое явно преобладает лишь тогда, когда они появляются на обеих сторонах зоны в соответствии с рассматриваемыми в каждом случае фактами. Это означает лишь то, что власть собственности возникла с прогрессом экономических условий, после того как прогресс демократии сгладил политические привилегии наиболее высокопоставленных лиц.

Экономические условия развиваются с разной скоростью в разных областях, или, говоря ийде, они привлекают внимание суда при различных уровнях общественной поддержки и влияния, которые были сильны в деле *Munn v. Illinois* и в деле о миннесотских тарифах. В иных областях прогресс шел не столь быстро или не сопровождался столь сильными протестами. Тем не менее в одном отношении, а именно в отношении закона о ростовщичестве, действия законодательной власти по ограничению экономической власти никогда не ставились под сомнение. Эти законы кажутся лишением собственности и свободы в том же смысле, в каком и некоторые объявленные неконституционными положения трудового права. Причину такой разницы в подходах указал судья Филд во время слушаний по делу Манна, когда он настаивал на том, что предоставление ссуды под процент является особой привилегией. Ссылаясь, вероятно, на статут 1545 г. (который, хотя и следовал широко распространенному предрассудку, осуждая наживу на «использовании» денег, разрешал тем не менее получать ограниченную «выгоду»²⁶), судья Филд сказал: «Практика регулирования законодателями ссудного процента, получаемого за пользование деньгами, если рассматривать ее в том, что касается происхождения, является не более чем подтверждением права правительства контролировать то, до какого предела можно пользоваться привилегиями, им предоставляемыми. Старое общее право полагало незаконным брать деньги за использование денег... Парламент вмешался и законодательно ограничил процент. Однако парламент действовал не в соответствии с теорией, что законодательная власть может произ-

²⁶ *Cunningham W. The Growth of English Industry and Commerce. 1903. P. 153.*

вольно устанавливать вознаграждение, которое некто может получать за использование своей собственности, которая, в соответствии с общим правом, является объектом найма за вознаграждение; он сделал это с целью предоставить привилегию, которую отрицало общее право»²⁷.

Таким образом, даже законодательное оправдание ограничения на ссудный процент, где чистая экономическая власть наиболее явно отделяется от личного неравенства, основывалось не на полномочиях суверена ограничивать власть собственности, но на его полномочиях регулировать привилегии, предоставленные в соответствии с королевскими прерогативами. Для средневекового ума и для общего права собственность как таковая, т.е. просто владение землей и движимым имуществом, не была наделена экономической властью. Такая собственность предназначалась для употребления и использования, а власть ее владельца происходила не от обладания ею, но от личного высокого положения или от обладания особыми привилегиями, даруемыми лично правителями. Обладание деньгами, с другой стороны, было обладанием чистой властью, так как деньги ничего не производят и их нельзя потратить: они могут быть использованы только для того, чтобы извлечь преимущество из нужд другого. Следовательно, наделение привилегией давать деньги в рбст было даром физической власти суверена, преодолевавшей общее право, которое было источником права собственности, и подразумевавшей полномочия суверена устанавливать границы, за которыми этим даром нельзя было пользоваться. Судья Филд с исторической точки зрения был прав, утверждая, что ограничения ссудного процента, основанные на даре суверенной власти, не являются прецедентом для ограничения экономической власти собственности²⁸.

Дело Манна было инновацией в том отношении, что в ходе слушаний был обнаружен источник власти, неизвестный общему праву и остававшийся таковым вплоть до того момента, пока собственность не обрела свое современное измерение. Согласно решению по делу Манна власть собственности, употребляемая в отношении клиентов, может

²⁷ 94 U.S. 113, 153. 1876.

²⁸ См., однако: *Hand L. Due Process of Law and Eight Hour Day* //21 Harv. Law Rev. 1908. P. 495, 505, note; *Pound R. Liberty of Contract* //18 Yale Law Jour. 1909. P. 454, 483. Здесь говорится, что «очевидный ответ» на утверждение судьи Филда заключается в том, что «обеспечение исполнения обязательства, не скрепленного печатью, также является поздней юридически оформленной привилегией». Я не смог отыскать статут, на который ссылаются авторы, а Дженке (*History of English Law*. P. 136), как представляется, возводит закон, принуждающий к исполнению обязательства, не скрепленного печатью, к общему праву, а не к какому-либо статуту если не рассматривать исключительно процедурные положения Второго Вестминстерского статута (1285), где допускается употребление общеправовых судебных приказов «в подобных случаях».

быть ограничена. Однако только в 1898 г. Верховный суд постановил, что может быть ограничена та же власть собственности, но употребляемая при сделках между работодателем и работником. В том году суд рассматривал дело о законодательном акте штата Юта, который ограничивал время работы шахтеров под землей восемью часами в день. Судья Браун, пересмотрев все предшествующие подобные дела и не желая подвергать критике решения тех судов, которые признавали сходные законы неконституционными, показал, что современные экономические условия увеличили власть собственности над наемными работниками и что суды начали отмечать это обстоятельство. Он сказал: «Суды вовсе не оставили без внимания тот факт, что юриспруденция является развивающейся отраслью знания»; что право на свободу договоров, лишь недавно утвержденное в деле Олгейера, является тем не менее субъектом определенных ограничений, которые государство может налагать, используя регулирующую власть; что эта власть значительно усилилась за последнее столетие; что «Законодатели должны употреблять ее очень избирательно; что «законодатели также признали — и это подтверждается опытом законодателей многих штатов — тот факт, что собственники этих учреждений и их работники находятся в неравном положении, а их интересы до определенного предела противоположны. Если первые, естественно, стремятся получить от своих работников как можно больше труда, то эти последние зачастую движимы угрозой увольнения, так что стараются следовать тому трудовому распорядку, который они сами, если бы рассудили здраво, признали бы губительным для своих сил и здоровья. Иначе говоря, собственники устанавливают правила, а работники фактически вынуждены им подчиняться. В этих случаях эгоизм часто является дурным проводником, а потому законодатели могут обоснованно употреблять свою власть... Тот факт, что обе стороны достигли дееспособного возраста и правомочны заключать договора, не является достаточной причиной для того, чтобы считать незаконным вмешательство государства в тех случаях, когда стороны не находятся в равном положении или когда общественное благосостояние требует защитить одну из сторон договора от нее же самой»²⁹.

Этот принцип, ограниченный в 1898 г. горнодобывающей и литейной промышленностью, в 1916 г. был распространен на все промышленные предприятия³⁰. В 1917 г. он был вновь расширен, так что покрывал теперь как минимальную заработную плату, так и максимальный рабочий день.

²⁹ Holden v. Hardy. 196 U.S. 366, 381, 392, 397. 1898. Иное положение дел предопределило впоследствии вето на десятичасовой рабочий день для булочников: Lochner v. N.Y. 198 U.S. 45. 1905.

³⁰ Bunting v. Oregon. 243 U.S. 426. 1916.

Это стало, однако, результатом тупиковой ситуации, возникшей из-за того, что Верховный суд разделился поровну, не утвердив в итоге закон о минимальной заработной плате для женщин. Поскольку мнений по делу высказано не было, то из этого можно заключить, что суд поддержал решение орегонского суда в той его части, которая гласила: «Любой аргумент в поддержку закона о максимальном рабочем дне или любой аргумент, на котором этот закон базируется, равным образом может послужить и для обоснования конституционности закона о минимальной заработной плате как того, что находится в рамках полномочий регулирующей власти государства, и того, что является нормой, направленной на защиту общественной морали и общественного благосостояния»³¹.

Вышеизложенное позволяет нам различать три упомянутых вида власти, которые неотделимы друг от друга, но возникают на различных уровнях превосходства в различных сделках. Первый вид власти — это физическая власть, власть насилия, на которой основывается наделение сувереном подданных особыми привилегиями. В эпоху феодализма признавался в основном именно этот вид власти.

Второй вид — это экономическая власть, которая возникает только после того, как физическая власть* начинает регулироваться «должными правовыми процедурами», и, таким образом, права собственности учреждаются революцией в рыночной сфере, которая завершается Законом о престолонаследии 1700 г.; впрочем, вплоть до возникновения современных экономических условий не получает признания та власть, которая возникает исключительно благодаря возможности отказывать другим в том, что им не принадлежит, но в чем они нуждаются.

Третий вид — это моральная власть, которая тем не менее может употребляться «аморально»; это власть только личного влияния, не поддерживаемого насилием или экономической властью. Данный вид власти возникает только тогда, когда устранено неравенство в экономической и физической власти.

Относительное господство трех этих типов власти отличает три главных вида действующего предприятия, которые мы будем исследовать позже³², а именно: государство, основанное на страхе перед физической властью; бизнес, основанный на страхе перед экономической властью или перед бедностью; значительное число культурных, религиозных и этических предприятий, основанных на одном лишь страхе перед чужим мнением, не поддерживаемым страхом перед насилием или бедностью.

³¹ Stettler v. O'Hara. 69 Or 519, 535. 1914; 243 U.S. 629. 1917. Это мнение было полностью пересмотрено в 1923 г. в деле Adkins v. Children's Hospital (43 Sup. Ct. 394. 1923).

³² См. главу V.

IV. Сделки

1. СТОРОНЫ

Когда экономисты и суды говорят об «обмене», они обычно представляют себе двух лиц, которые обменивают продукцию или услуги, но когда они говорят о «рынке», они представляют себе двух (или более) продавцов и двух (или более) покупателей, которые продают и покупают одни и те же товары в одном и том же месте и в одно и то же время. Таким образом, можно провести различие между реальными и возможными, вероятными и невозможными сделками. *Реальные* сделки имеют место, естественно, между теми, кто действительно обменивается продукцией. *Возможные* сделки — те, которые могут быть как заключены, так и не заключены* поскольку стороны присутствуют на рынке и готовы к обмену, но [^]производят его. *Вероятные* сделки — те, которые могли бы быть заключены при иных условиях, например, если бы стороны, которые сейчас не присутствуют на рынке, решили бы выйти на него. К этому можно добавить *невозможные* сделки, которые по причине удаленности сторон по месту или по времени и, соответственно, невозможности для них выхода на рынок не могут быть заключены ни при каких обстоятельствах¹.

Эти четыре уровня возможности более или менее осознанно принимаются во внимание любым лицом, которое выходит на данный конкретный рынок или собирается выйти на него. Однако действительный выбор, который делается любым лицом, которое действительно производит обмен на рынке, есть выбор не между реальным обменом и возможным (или невозможным) обменом и даже не между реальным и всеми вероятными обменами, но только между реальным и ближайшим наилучшим из потенциальных обменов, которые оно имеет возможность совершить на момент обмена. Лицо получает прибыль, выбирая, но реальная прибыль, которую можно получить, измеряется выбором между *двумя наилучшими доступными* альтернативами. Неумение увидеть это ограничение привело пессимистическую и оптимистическую школы экономистов к очевидным ошибкам, которые можно в общем описать как ошибку недоступной или не сопутствующей альтернативы, недоступной в пространстве или не сопутствующей по времени^{1 2}.

¹ См. раздел 3.

² Ср.: Bastiat *E Harmonies of Political Economy*. Tr. 1860. P. 104; далее см. раздел 3.

В то же самое время любое лицо, выходящее на рынок, держит в уме различные уровни вероятности (или сталкивается с ними). Выбор возможностей всегда является выбором между двумя наилучшими доступными на момент выбора альтернативами, и если возможная альтернатива отсутствует, тогда обмен приобретает «грабительский» характер, о котором уже говорилось выше³, и реальная свобода выбора при обмене отсутствует; или же ближайшая наилучшая альтернатива может быть вероятной, но невозможной, а если даже и возможной, то не ближайшей наилучшей возможностью. Таким образом, каждая сторона сделки принимает во внимание определенную градацию альтернатив, и соответственно, с точки зрения движущих мотивов, влияющих на стороны, минимальное число лиц, составляющих сделку, равно четырем: два продавца и два покупателя, а именно реальный покупатель и реальный продавец и ближайшая наилучшая альтернатива для них обоих. Другие возможные, вероятные или невозможные обмены остаются на заднем плане. Это можно проиллюстрировать следующим образом:

| Сделка: | | | |
|--------------|---------------|-----------|-------------|
| Реальная | Возможная | Вероятная | Невозможная |
| B: 100 долл. | B': 90 долл. | 80 долл. | 0 |
| S: 110 долл. | S': 120 долл. | 130 долл. | 0 |

Реальный покупатель В, скажем, лошади или коровы выходит на рынок, надеясь купить ее, например, за 100 долл.; реальный продавец S надеется продать ее за 110 долл. Возможный покупатель надеется купить ее за 90 долл., а возможный продавец продать за 120 долл. Другие возможные или вероятные покупатели и продавцы в обычной ситуации не будут реальными продавцами и покупателями до тех пор, пока те, которые являются ближайшими, совместно не уйдут с рынка. Они — возможные участники обмена. Поэтому две наилучшие возможности для продавца S — это предложения в 100 долл. и 90 долл. Ясно, что реального продавца нельзя вынудить продать меньше, чем за 90 долл. С другой стороны, две наилучшие возможности для реального покупателя — предложения в 110 долл. и 120 долл. Ясно, что реального покупателя нельзя вынудить купить дороже, чем за 120 долл. Следовательно, реальная цена, на которую согласятся В и S, находится где-то в диапазоне от 90 до 120 долл. Между этими двумя основными точками лежит, так сказать, поле убеждения и принуждения, а эти точки являются пределами для принуждения, поскольку именно в границах данного поля противная сторона об-

³ См. главу III.

ладает бесплатной альтернативой. За пределами поля только убеждение может сделать обмен реальным.

Мы увидим, что сделка, задействующая четыре лица, выявляет два измерения возможности и власти, присутствующих в каждой сделке. Для продавца S предлагаемые возможности суть 100 долл., предложенные B , и 90 долл., предложенные B' . Для покупателя B возможности суть 110 долл., запрашиваемые S , и 120 долл., запрашиваемые S' , а реальная власть при обмене находится в пределах 90 и 120 долл.

Эта типичная сделка описывает минимум любых экономических и социальных отношений (семейных, деловых, политических). Каждое лицо рассматривает альтернативы, открытые для него, наличие реальных, возможных и вероятных соперников, а также уровень власти, которую он может употребить в пределах этих альтернатив. Выбор возможностей — это одно, употребление власти — это другое; но одно неотделимо от другого, и выбор возможностей — это выбор между двумя уровнями власти. Из этой элементарней и универсальной природы сделки, с точки зрения стимулов, воздействующих на волю, экономическая теория выводит свои понятия издержек и ценности, альтернативных издержек и «цены отсутствия альтернативы», т.е. свои понятия употребления власти и выбора альтернатив⁴.

Однако возможно возникновение неограниченного числа споров между сторонами сделки до или после ее заключения. Эти споры возникают и всегда возникали в истории человечества — с самых ранних времен — просто потому, что человечество всегда сталкивалось с ограниченностью ресурсов, которая ставит пределы выбору альтернатив и употреблению власти. Следовательно, чтобы заключение сделок происходило мирно, без обращения сторон к насилию, в них всегда должна присутствовать пятая сторона (судья, священник, вождь, отец семейства, третейский судья, начальник цеха, директор, главный управляющий), которая может разрешить и урегулировать спор, используя коллективную власть группы, к которой эти пять сторон принадлежат. В роли пятой стороны, конечно, может выступать попирающий законы и деспотичный правитель, и в этом случае любая из четырех сторон может оказаться объектом захвата или порабощения и не признаваться членом группы, к которой принадлежит правитель. Но если и он, и они являются членами одной семьи, племени, нации, коммерческой фирмы, клуба и т.п., короче говоря, членами одного действующего предприятия, тогда его незаконная и деспотичная власть всегда будет ограничиваться общепризнанными правилами или действующими нормами, «законами» этого предприятия.

⁴ Ср.: Davenport H.J. Value and Distribution. 1908; Economics of Enterprise. 1913.

Историческое происхождение этих действующих норм предприятия приписывалось различным источникам, например, богам, предкам, завоевателям, «природе», «воле людей» и т.д. Общая идея заключалась в том, чтобы наделить эти нормы некоей святостью или авторитетом, превосходящими таковые отдельных священников, вождей, судей и т.д., т.е. тех, кто мог на некоторое время обладать властью проводить в жизнь собственное истолкование этих норм. В любом случае в истории человечества они возникали как важнейшие и окончательные средства, при помощи которых члены действующего предприятия могли работать вместе ради достижения общих целей и приводить в действие коллективную власть, направленную против других предприятий.

Способ функционирования этих действующих норм заключается в установлении определенных пределов для выбора и власти индивидов, являющихся сторонами сделок, или в определенном их расширении. Эти ограничения и расширения индивидуальных волей могут рассматриваться в рамках четырех катедрий: 1) позволено; 2) должно; 3) можно; 4) нельзя. Эти категории отражают пределы поведения любого индивида, который является субъектом любого общепризнанного правила, или действующих норм любого предприятия. Эти правила просто сообщают индивиду, что ему позволено делать, что он должен делать, а также что он может или не может делать.

Однако когда эти разрешения, принуждения, правоспособности и ограничения в правах, предполагаемые названными категориями, организовались последующими поколениями теологов, философов и юристов в системы мысли, они стали получать определенные этические и юридические названия, которые, если представить их в соответствующем порядке, будут выглядеть так: 1) свобода, или неприкосновенность; 2) обязанность, или обязательство; 3) право, или власть; 4) неправо, или незащищенность. Мы рассмотрим их позже⁵. Здесь необходимо отметить только, что вследствие потребности в общих правилах, прилагаемых к воле индивидуальных членов семей, племен, наций или современных коммерческих фирм, в каждой сделке наличествует пятая сторона, а именно управитель, или, вернее, судья, который устанавливает действующие нормы предприятия под именами прав, обязанностей, свобод и т.д., включая дальнейшие социальные отношения господства (со стороны высшего руководителя, представляющего власть группы) и подчинения (со стороны низших, т.е. членов группы).

Таким образом, элементарной единицей экономики, этики и закона является сделка, в которой задействовано минимум пять лиц, а не изолированный индивид или даже два индивида. Именно это элементар-

⁵ См. раздел 4.

ное, но сложное социальное отношение, социальный электролиз, делает возможными выбор альтернатив, употребление власти, а также объединение людей в семьи, кланы, нации, коммерческие компании, профсоюзы и другие действующие предприятия. Социальной единицей является не индивид, ищущий удовольствий для самого себя: ею являются пять индивидов, делающих нечто друг для друга в рамках действующих норм, устанавливаемых теми, кто определяет, как должны решаться споры.

2. ИСПОЛНЕНИЕ, УКЛОНЕНИЕ, ВОЗДЕРЖАНИЕ

От ранних теорий сохранилось понятие об индивидуальной воле, которое можно описать как понятие «воля-в-вакууме», в отличие от понятия «воля-в-действии». Согласно Джону Локку, сформулировавшему это понятие, воля постигается не как воля-в-действии, преодолевающая сопротивление и выбирающая между различными уровнями сопротивления в конкретном времени и пространстве, но как воля-сила (в смысле способности, или потенции, действовать или не действовать)⁶. Это понятие соответствует понятию «сила», которое было характеристикой всех видов знания на мифологической стадии, предшествовавшей их переходу на количественный или научный уровень, и которое подразумевало некий тип способности, потенцию, скрытую сущность вещей, «Ding an sich», разновидность духа, сущность, или внутреннюю субстанцию, пребывающую в вещах (как, например, флогистон в химии или вихри в астрономии). Такое понятие силы практически исчезло из других наук, и сила стала силой-в-действии, познаваемой только по своим проявлениям, но не силой в своей сущности или субстанции, познаваемой посредством магии, интуиции или самоанализа.

Однако понятие воли как способности все еще сохраняется в правовых и этических доктринах в том виде, как его сформулировал Джон Локк: как наиболее личное и интимное из всех представлений, которые человек может иметь о самом себе. Мы по природе рассматриваем нашу волю как нечто отличное от нас самих в действии. Мы желаем сделать одно, а фактически делаем нечто другое.

Тем не менее действительно ли наша воля является чем-то отличным от того, что мы реально делаем? Понятие воли-в-вакууме возникает из процесса самоанализа. Но самоанализ может представить нам только малую часть нашей воли, ту, которая возникает выше порога бессознательного или физиологического. Понятие «силы» Джона Локка было эквивалентом бессознательной, или физиологической, стороны воли, той стороны, которую невозможно обнаружить при попытках объяснения

⁶ Locke J. An Essay Concerning Human Understanding. Ch. on "Power". 1696.

воли в терминах самоанализа. Огромная бессознательная часть воли, с ее потенциальными чувствами, эмоциями и идеями, возникающими из наследственности, склада характера, обычаев и прошлых желаний, пробуждается и принимает участие в формировании действия в момент его совершения. Мы не знаем себя полностью до тех пор, пока не совершаем действие, ведь наше действие является адаптацией наших способностей к нашим возможностям и контролю над ними, а наша реальная воля адаптирует себя к окружающей среде и контролю над ней.

Поэтому у нас имеются два понятия воли и ее способностей, одно из которых — понятие потенциального, возможного, идеалистического, или воображаемого, возникающего из загадки бессознательного, а другое — понятие реального поведения. Реальное всегда действует. Воображаемое есть то, что могло бы быть сделано, или должно было бы быть сделано, или то, что, как мы надеемся, можно было бы сделать, или хотелось бы сделать осознанно, если бы не пришлось выбирать между реально существующими альтернативами.

Именно эта интроспективная потенция, эта воля, отделенная от ее поведения, господствует в *поРигСии* выбора, сформулированного Джоном Локком и воспроизводимого в книгах по юриспруденции. Это очевидно для определений «Действия» и «бездействия». «Действие» есть «умышленное движение мускулов»; «бездействие» есть не-действие. Обратной стороной действия является воля; воля есть волевой акт, т.е. выбор: воля выбирает между «действием» и «бездействием», между действием и не-действием. Если говорить о количественном измерении, то здесь его нет. Бездействие — это нулевое действие. Не-действие — это ничто. Воля выбирает между нечем и ничто.

Но и для нечего здесь тоже нет никакого измерения. В рамках данного определения действие может быть бесконечным действием — действием Бога. Но если воля избирает только между действием и бездействием, ее выбор равным образом может быть выбором между бесконечностью и нулем, что для конечных сущих эквивалентно выбору между ничем и ничто.

Причина, по которой это пустое понятие воли стало рабочим понятием в этике и юриспруденции, имеет свое основание в том факте, что моралист или суд первой инстанции держат в уме частное действие⁷, рассматривая его *качество* (например, добродетельность или порочность, правомочность или неправомочность), или же ответственность за его совершение или не-совершение. Действие уже дано в своем количественном измерении, как оно отражено в свидетельских показаниях, и остается только дать ответ на следующие вопросы. Было ли действие

⁷ См. раздел 4.

совершено умышленно или неумышленно? Что побудило к его совершению? Имелось ли препятствие для его совершения? Было ли оно добровольным или вынужденным? Было ли оно добродетельным или порочным, правомочным или неправомочным? Эти вопросы относятся к *типу* действия и к типу воли, которая совершает действие. Была ли эта воля добродетельной или порочной, когда совершала действие или бездействовала? Действие как таковое обозначается как «умышленное движение мускулов». Но внимание суда обращено не на мускулы, но на намерения, которые стоят за движением мускулов.

При такой ограниченной задаче и при условии, что количественные измерения действия и его последствий уже очевидны, юридическая классификация действий как исключительно «действий и бездействий» является, вероятно, подходящей для суда первой инстанции. Ошибка возникает тогда, когда эту ограниченную задачу не отличают от более широкой. Более широкая задача — это определение воли как таковой. Если это определение ограничивается идеей выбора между действием и бездействием, то воля есть, лишь отдельная способность, или сила, потенция к действию или же-действию, воля-в-вакууме. Независимость воли становится независимостью действовать или не-действовать. Свобода становится!», просто отсутствием ограничения или принуждения и, соответственно, свободой действовать или не-действовать.

Более широкая задача по определению воли во всех ее измерениях не стоит перед судами первой инстанции, которые руководствуются законом в том виде, в каком он уже сформулирован, но иногда встает перед Верховным судом, который выносит решения о юридической силе самого закона, согласно статье Конституции о должной правовой процедуре. Здесь суд имеет дело с волей как с экономическим количеством и обращается к экономическому или количественному вопросу публичной политики. Это становится практическим вопросом, когда суд рассматривает ту количественную проблему, которая связана с понятиями «равенства» и «неравенства», употребляемыми (или подразумеваемыми) в Конституции Соединенных Штатов. Равна ли воля индивида коллективной воле корпорации? Большинство Верховного суда США решило, что это так, и отменило постановления законодателей и верховного суда штата Канзас, которые считали иначе⁸. Законодатели штата Канзас пытались защитить волю индивида от воли корпорации. Высший федеральный суд постановил, что эта попытка идет вразрез с должной правовой процедурой, поскольку обе стороны обладали абсолютно равными правами. Работник обладал правом выбирать между возможностью работать и возможностью не работать на корпорацию. Корпорация об-

⁸ См. главу III.

ладала равным правом выбора между приемом человека на работу и отказом ему в предоставлении рабочего места. Эти два *права* двух сторон сделки были абсолютно равны. Имело место «равенство прав», поскольку обе стороны обладали равными правами выбора между действием и не-действием, между «действием» и «бездействием».

Это абстрактное заключение следует из понятия воли как исключительно способности, потенции действовать и не действовать. Но как таковое это понятие пусто, а для количественного понятия воли, которое (будь оно экономическим, политическим, этическим или юридическим) является понятием выбора между двумя уровнями власти при действии, оно неверно. Если в корпорации работают 10 000 сотрудников, то корпорация теряет только одну десятитысячную долю своей рабочей силы, если решает не нанимать человека и у нее нет альтернативной кандидатуры. Но человек теряет 100% своей работы, если он решает не работать на корпорацию при отсутствии альтернативного нанимателя. С точки зрения абстрактного понятия воли как исключительно способности действовать или *целестествовать*, эти два *права* могут быть равны, поскольку ничто равно ничто. Но с точки зрения количественного понятия воли как выбора между реальными альтернативами в мире ограниченных возможностей, одно право бесконечно (или, скажем, в 10 000 раз) больше, чем другое.

Точно так же с этой *качественной* точки зрения обязанность одного безусловно равна обязанности другого. Обязанность человека — в том, чтобы не вынуждать корпорацию нанимать его и платить ему против своей воли. И обязанность корпорации заключается в том, чтобы не принуждать человека работать на нее против его воли. Эти две обязанности *не делать что-то* могут считаться равными просто потому, что они не имеют количественного содержания (точно так же можно сказать, что бесконечность равна нулю и ничто равно нулю).

Но с количественной точки зрения обязанность каждой из сторон есть необходимость избрать что-то еще; и это «что-то еще» есть не «вещь», но уровень власти над лицами или вещами. Поведенческое понятие воли есть понятие воли, постоянно находящейся в действии — в каждый момент бодрствования, в каждый момент сознательной жизни. Некоторые из этих выборов инстинктивны, определяются складом характера или бессознательно. Но ключевые выборы сознательны и, вероятно, обдуманны. Такая воля никогда не выбирает между действием и не-действием: она всегда выбирает между двумя уровнями власти в процессе действия. Не имеет значения, выбирает ли она сознательно или бессознательно. Если она движима не бессознательным побуждением, она движима осознанной нехваткой или необходимостью, и ее выборы, рассмотренные количественно, отличаются только в отношении уров-

ней или времени обладания властью, которые открываются реальными возможностями, предлагаемыми в данное конкретное время. Если воля не делает что-то, она делает и *должна* делать нечто другое, где ее власть уже меньше.

Этот вопрос — не математический вопрос воображаемых точек и линий, равенства или неравенства, пустого права или обязанности, но вопрос относительных уровней экономической или физической власти в процессе выбора между альтернативными возможностями. Это вопрос оценки и выбора правильных пропорций относительных уровней власти одних лиц над другими лицами. Этот вопрос относится к публичной политике, а не к математике. Нас не интересует здесь, была ли попытка канзасских законодателей *мудрой* с точки зрения публичной политики. Возможно, что нет. Нас интересует различие между логикой и ценностью. Логика вторична — сначала осуществляется оценка, а затем оказывается полезной логика для объяснения оценки. Большинство Верховного суда, налагая вето на решения законодателей и Верховного суда штата Канзас, конечно же, опиралось на принципы публичной политики: оно опиралось на определение* воли, данное Джоном Локком. Вопросы публичной политики включают взвешивание, или оценку, реально наличествующих альтернатив. Определение Локка не допускает оценки альтернатив в реальном мире ограниченных ресурсов, который сопротивляется воле. Это пустое, логическое определение; оно является количественным не в большей мере, чем воображаемые линии и точки математики. Логика большинства в деле Коппиджа предполагает более раннюю ремарку судьи Холмса, который говорил: «Возможно, одна из причин, почему судьи избегают политических тем и стараются не выносить решений, которые были бы сформулированы как точка зрения законодателей, заключается в том, что как только ты оставляешь путь чисто логической дедукции, ты утрачиваешь иллюзию определенности, которая делает юридическое рассуждение подобным математике. Тем не менее эта определенность — всего лишь иллюзия. Политические позиции определяются практикой жизненных интересов. Эти интересы — поле боя. Какие бы решения ни были приняты, они всегда противоречат желаниям и мнениям одной из сторон, и различия, на которых они основываются, будут различиями в уровне»⁹.

Эти «различия в уровне» требуют от нас указать на разницу между сделкой и процессом. Сделка осуществляется в конкретный момент времени; процесс — это череда сделок за определенный период времени. Здесь мы касаемся только момента времени.

Но мы касаемся здесь двух типов сделок, рассмотренных ранее, а именно физических и экономических сделок, каждая из которых являет-

⁹ Holmes O. W. Privilege, Malice and Intent // 8 Harv. Law Rev. 1894. Vol. I. P. 7.

ся отношением власти. К любой из них можно приложить одну и ту же терминологию, хотя и с различным значением физической и экономической власти.

Физический, или механический, эквивалент воли соответствует тому понятию воли, которое включает ее способности в реальном механическом процессе взаимодействия с силами природы или в сделках с другими волями, также включающими их способности. В случае такого понятия воли идею, которая должна выражаться термином «бездействие», лучше выразить термином «уклонение». Обязанность не совершать некое действие есть обязанность уклоняться от него при подразумеваемом приказании избирать любое другое возможное, вероятное или невозможное действие, которое не запрещено. Таким образом, вместо того чтобы говорить о «негативном» праве лица, т.е. о его праве, заключающемся в том, что другое лицо «бездействует» в определенном отношении (что составляет право первого лица «быть оставленным в покое», — его право *laissez faire*), и вместо того чтобы говорить о соответствующей обязанности второго лица как раз его обязанности «бездействовать» в этом отношении и «оставить Первое лицо в покое», мы будем говорить о праве первого лица на уклонение и о соответствующей обязанности уклоняться для второго лица, включающей сопутствующее его принуждение к избранию любой другой доступной альтернативы.

С другой стороны, «позитивное» право обозначает соответствующую обязанность второго лица реально исполнить действие — «позитивную» обязанность заплатить долг или предоставить услуги. Риск упустить из вида количественное измерение действия здесь весьма незначителен, поскольку если обязанность единожды подтверждена свидетельскими показаниями, немедленно встает вопрос о количестве исполнения, требуемого от должника или подрядчика. Тем не менее, поскольку с экономической или этической точки зрения обязанность, как правило, не представляет из себя единичную сделку, но является обязанностью произвести серию действий или сделок, которые предоставят некое количество товаров или прав на получение товаров и каждая из которых необходима для исполнения обязанности, то вместо термина «действие» мы будем употреблять термин «исполнение». «Позитивное» право одного лица является соответствующей обязанностью другого лица исполнить все необходимые действия и сделки, которые подразумевает полное исполнение.

Наконец, в дополнение к «действиям» и «бездействиям» некоторые юристы вводят третий класс действий, а именно «воздержания»; вернее, они подразделяют бездействия на собственно «бездействия» и «воздержания». Это, как мы уже предположили, делается не для того, чтобы ввести физическое измерение бездействия, но для того, чтобы вернуться к бездействию и произвести его деление на *намеренное* и *ненамеренное*.

Таким образом, Салмонд, следуя Остину, подразделяет бездействие на «ненамеренное негативное действие» и на воздержание как «намеренное негативное действие». «Если я не прихожу на встречу из-за моей забывчивости, то мое действие является ненамеренным и негативным, т.е., скажем так, бездействием. Но если я помню о встрече и решаю не ходить на нее, то мое действие является намеренным и негативным, т.е., скажем так, воздержанием»¹⁰ ¹¹. Терри, однако, считает, что это различие между бездействием и воздержанием обладает весьма малым значением для права. «Если действие не произведено, то вопрос о том, почему лицо его не произвело, редко имеет какое-либо юридическое значение»¹¹. Прав Терри или нет, но юристы обычно используют термин «воздержание» как эквивалент «бездействию».

Это различие между бездействием и воздержанием мы назовем *качественным* различием, поскольку, с точки зрения этической или юридической ответственности, оно, подразумевает отсылку к *типу* действия. Если говорить о «бездействии», как оно описано выше, то вопрос относительно его качества заключается в том, было ли оно намеренным или ненамеренным, и, если >но было намеренным, было ли это намерение законным или незаконным? Ясно, что такое же различие приложимо и к позитивному действию. Было ли исполнение намеренным или ненамеренным? Было ли намерение законным или незаконным?

Вышесказанное не подразумевает, что качественные отличия не являются также и количественными. Все «качества», возможно, суть количества другого порядка феноменов — в зависимости от того, с какой точки зрения мы их рассматриваем. «Белое» и «желтое» суть два *качества* внешних вещей в сфере психологии и эстетики, но в сфере физики они суть два количества движения. То же самое относится к качественным отличиям в том, что касается их типа с точки зрения правомочного или неправомочного, хорошего или дурного, намеренного или ненамеренного. Они являются отличиями по *качеству* с точки зрения физического или экономического поведения, но, с другой стороны, они же суть отличия по *количеству* с точки зрения интенсивности чувства, которое их сопровождает или выносит о них суждение. Эти качественные отличия принадлежат порядку ментальных процессов, которые налагают на сделки субъективные ценности, и в области психологии или этики им должна соответствовать особая терминология, отличная от терминологии экономики или физики.

Тогда в том, что касается психологии и этики, мы можем говорить об исполнении и уклонении как о намеренных и ненамеренных, право-

¹⁰ Salmond I. Op. cit. 6th ed. 1920. P. 324; автор следует Остину (Lect. XIV, XIX).

¹¹ Terry H.T. Principles of Anglo-American Law. 1884. P. 67.

мочных и неправомочных, законных и незаконных. Но в данном случае мы касаемся их только применительно к чисто физическому описанию воли как физической силы, которая движет вещи и лица. С этой точки зрения нам необходим термин «воздержание», обладающий строго физическим, количественным смыслом, так, как мы представим его далее.

Термин «бездействие» даже с качественной точки зрения обладает двумя значениями. Негативное право, право на «бездействие», может быть не только правом на то, чтобы «вас полностью оставили в покое», т.е. правом на уклонение: оно может также подразумевать право на то, чтобы вас оставили в покое *за пределами определенного уровня власти* в процессе действия, и это право мы обозначим как право воздерживаться. Именно на этом основании проводится различие между экономическим убеждением и экономическим принуждением. С физической точки зрения убеждение и принуждение являются одним и тем же физическим поведением, различаясь только *сообразно уровню экономической власти*. И то и другое — просто отказ одной из сторон сделки предоставить вещи и услуги другой стороне для того, чтобы побудить ее к действию. И то и другое — отказ действовать до тех пор, пока условия не будут расцениваться как удовлетворительные. И то и другое — не что иное, как экономическое давление или заявление о намерении применить экономическое давление, за которым, если необходимо, стоят физическое насилие и угроза физического принуждения. Будучи подобными физически, экономически они различны. Если говорить о физическом поведении, то цена в десять центов как условие для прекращения отказывать в предоставлении услуг не отличается от цены в двадцать центов. Но *сообразно общепринятым на определенный момент этическим стандартам, определяющим границы дозволенного давления*, первая цена может рассматриваться как убеждение, а вторая — как принуждение.

Следовательно, сделки могут определяться либо качественно, т.е. психологически, либо количественно, т.е. физически и экономически. Первое обращает внимание на *намерения*, второе — на *уровни власти*; и первое и второе меняются независимо друг от друга. Удар по щеке можно рассматривать как вид сделки, *отличный* от шутливого похлопывания, поскольку отличаются намерения, а можно рассматривать как *тот же самый* вид сделки, но произведенный на более высоком уровне власти, поскольку намерения одинаковы, но больше приложенное усилие. Тариф в 20 центов можно рассматривать как вид сделки, *отличный* от тарифа в 10 центов за те же услуги, поскольку в одном случае намерения достойны осуждения, а в другом случае — одобряемы; а можно рассматривать его как *тот же самый* вид сделки, но произведенный на более высоком уровне власти, поскольку намерения одинаковы, а экономическая власть больше.

Первое, как кажется, является этическим или юридическим подходом, поскольку и моралист, и юрист рассматривают стоящие за сделкой намерения, которые придают ей психологическое качество правомочности или неправомочности. В этой связи мы будем использовать термин «воздержание»: не в его качественном значении «намеренного бездействия», но в его количественном, психологическом или экономическом значении предела, полагаемого уровню власти, употребляемой при преодолении сопротивления. Воздержание — это предел, положенный исполнению.

Здесь следует отметить двойственность терминов «позитивное действие» и «негативное действие», подобную двойственности термина «бездействие». Термин «негативный» обладает значением «отрицание» и «ограничение». Действие называется «позитивным» действием, а бездействие применительно к этому действию — «негативным» действием. Одно есть отрицание другого. Одно — это «да», другое — это «нет». Но воздержание — это также «негативное» исполнение, не в смысле отрицания исполнения, а в смысле его ограничения. Отрицание — это недействие. Ограничение — это ограниченное действие. И то и другое — «негативное» как отличное от «позитивного», но одно — это «ничто», а другое — это «ббдее или менее».

В этом заключается особенность воли, отличающая ее от всех прочих сил природы. Воля — это единственная сила, которая может положить предел своему исполнению. Другие силы в преодолении сопротивления всегда используют свою мощь полностью. И гравитация, и электричество употребляют всю свою мощь, которую могут употребить в данном направлении при данных обстоятельствах. Это может оказаться верным и в отношении воли, если мы узнаем все о ее физиологической и бессознательной подструктуре. Но если говорить об ее известном нам сознательном употреблении в случаях убеждения, принуждения и приказаний, то лишь воля способна воздержаться от того, чтобы дойти до предела своей возможной власти исполнения. За исключением острейших кризисных моментов, воля будет воздерживаться от того, чтобы использовать свою мощь полностью. Воздержание есть предел, который воля полагает своему собственному исполнению.

То же самое касается разрешенных законом сделок. Некому лицу может быть позволено оказывать давление на другую сторону сделки, но обязанность воздержания запрещает ему выходить за определенные пределы. Например, ему может быть позволено применять меры физического воздействия для воспитания своего ребенка, жены или раба, но при этом запрещено выходить за пределы определенного уровня власти. Ему может быть позволено установить тариф в 10 центов, но не в 20 центов.

Приняв это тройственное измерение поведения, которое является скорее физическим и экономическим, нежели психологическим, мы можем сказать, что каждая сделка представляет собой двустороннее исполнение, уклонение, воздержание. Каждая сторона сделки в один и тот же момент действует в трех измерениях. Ее исполнение есть ее власть, употребляемая в процессе действия. Ее воздержание есть предел, который она (или высший авторитет) полагает уровню власти в процессе действия. Ее уклонение есть выбор ею данного исполнения вместо любого альтернативного исполнения. Каждое действие индивида есть, в один и тот же момент времени, исполнение, воздержание, уклонение. Пока некое лицо не совершает альтернативного действия (уклонение), оно совершает что-то еще (исполнение), причем то, что оно совершает, как правило, есть нечто меньшее, чем оно могло бы совершать (воздержание), используя наивысший возможный уровень власти.



В представленной выше схеме из двух альтернативных действий предельное могущество, способность, потенция для одного действия есть АВ, а для другого — АС. Если лицо выбирает (или его принуждают выбрать) действие АВ, оно уклоняется от действия АС, а если оно ограничивает себя (или ему приказывают ограничить себя) и не доходит до пределов своего могущества при исполнении действия АВ, то фактический предел в точке D есть предел исполнения, установленный воздержанием. Исполнение есть AD; воздержание есть DB; уклонение есть АС. Это является иллюстрацией двойного значения термина «негативный». Исполнение есть позитивное действие, а «негативным действием» может быть воздержание, где термин «негативный» обозначает *ограничение* (DB) возможного исполнения АВ; или же «негативным действием» может быть уклонение, где термин «негативный» обозначает не ограничение, но полное отрицание альтернативного исполнения АС.

Таким образом, мы различаем *способности* и *власть*. Способности суть полная *возможная* власть, которая доступна индивиду при данных обстоятельствах. Это — воля в смысле «силы», как этот термин использовался Джоном Локком. Это — способность к действию, но не процесс действия, потенция, но не власть, объем, но не содержание, воля, но не

воля-в-действии. А власть в поведенческом смысле термина есть *реальная власть*, которой лицо обладает в процессе действия. Власть есть реальное исполнение, а величина, на которую способности превышают власть, является воздержанием.

Смысл, который в этике и юриспруденции обычно придается термину «власть», — это способность, могущество, потенция; то, что имел в виду Джон Локк. Потенция, умение, способность лица к действию заключаются в совокупности всех его способностей, или умений. Это могут быть физические, экономические или моральные способности. Взятые вместе они составляют потенциальную власть человека. В каждом случае эти способности заключаются исключительно во власти, которая приводит в движение людей и вещи. Физическая, экономическая или моральная власть есть власть, которая приводит их в движение непосредственно или опосредованно. Ментальная власть есть власть, позволяющая получить значительное преимущество при их движении. Управленческая власть есть власть, побуждающая других людей приводить в движение вещи. Каждая из них, будучи в действии, есть исполнение и воздержание. Только в момент кризиса исполнение исчерпывает всю полноту всех умений, или способностей, к действию, и в этот момент воздержание сводится к минимуму. Другой крайностью является ситуация, когда исполнение достигает минимума, а воздержание — максимума; эта ситуация имеет место только тогда, когда человек не действует вовсе, т.е. когда он пребывает в практически бессознательном состоянии, спит или умер.

В то же самое время любое исполнение физической, экономической или моральной власти есть уклонение от любого другого альтернативного исполнения. Безусловно, лица сильно различаются по своим способностям, т.е. по своим потенциям. Способность есть умение; потенция есть возможная или потенциальная власть; но власть есть фактическое использование способности или потенции. Как мы увидим, эти два термина, «потенция» и «власть», необходимы для любого экономического исследования так же, как все понятия воли (однако в смысле, отличном от того, который придавал термину «воля» Джон Локк).

3. РЕАЛЬНОЕ, ВОЗМОЖНОЕ, ВЕРОЯТНОЕ, НЕВОЗМОЖНОЕ

Таким образом, понятно, что воля не является локковой волей-в-вакууме, равно как и осознанным удовольствием или страданием из теорий гедонистов, удовольствием и страданием, которые отделены от воли и принуждают ее к действию; воля есть воля-в-действии, а воля-в-действии есть способности-в-действии. Воля не действует в бесконечном пространстве, не устанавливает безусловные законы, не избирает между нечем и ничто, но она всегда «в столкновении» с чем-то. Воля

всегда исполняет, уклоняется, воздерживается, т.е. всегда движется по линии, но не по линии наименьшего сопротивления (как физические силы, не имеющие намерений), а по линии преодоления сопротивления, а также усилий по уклонению и воздержанию, необходимых для преодоления сопротивления, обладая при этом намерением, обращенным в будущее. Любая сделка — это двустороннее действие. Она — это две воли, воздействующие друг на друга. Даже те сделки, которые мы определили как сделки с природой, являются двусторонними. Различие между ними и этически-юридическими сделками есть различие между исполнением, уклонением и воздержанием при взаимодействии с силами природы и исполнением, уклонением и воздержанием при взаимодействии с другими лицами.

Следовательно, мы можем определить эти двусторонние действия как физические измерения воли-в-действии. Они суть сделки. Но как таковые они только часть поведения. Они суть поведение в определенный момент времени, безотносительно прошлого или будущего. Как исключительно физические измерения они не имеют смысла, не связаны с ожиданиями и, соответственно, не обладают ценностью. Поведение как *целое* есть соединение в определенной пропорции этих движущих действий и сделок в соответствии с намерением, которое связывает их воедино, т.е. сообразно их относительным ценностям в составлении целого.

На этом основании мы отличаем реальные, возможные и вероятные сделки от бесконечных, невозможных и недоступных. Действительное — это реальность. Оно есть воля, действительно сталкивающаяся с чем-то. Оно есть движущий момент исполнения, уклонения и воздержания. Возможное и вероятное — в будущем; это мир воображения и мир ценности, место, в котором обитает человек. Реальное не имеет ценности. Оно — движущий момент, исчезающий сразу после завершения действия. Реальное — это само предвосхищение будущего в настоящем поведении, сразу же переходящее в воспоминание и затем в последующие уверенность или опасение относительно будущего, где пребывают возможное или вероятное. Возможное находится рядом. Оно может произойти, а может и не произойти. Вероятное — за пределами времени и пространства. Возможное и вероятное пребывают в сфере вероятного и невероятного, в мире ожидания и предвкушения, препятствий и возможности, правомочного, неправомочного и обязанности. Еще дальше пребывает бесконечное — вакуум, пустота, ничто, ноль, невозможное, недоступное.

Возможное или вероятное будущее также обладает измерениями — измерениями, которые расширяются вместе с развитием жизни и воображения. Однако эти будущие измерения — не то, что наука называет вероятным или невероятным. Они суть то, что некое лицо *считает* воз-

можным или вероятным, предполагаемым или невероятным. Они принадлежат к явлениям другого вида — явлениям в сфере мышления. Мир ребенка — очень небольшой; мир взрослого человека простирается значительно дальше, до расширяющихся возможных и вероятных миров; он даже воображает возможное бесконечное. Для Александра возможное простиралось вплоть до реки Инд, за которой уже не было возможных миров; для современного предпринимателя возможное включает весь Земной шар, а для рабочего возможное — это его работа. Для каждого оно есть целое, частью которого является каждое действие или сделка.

Именно в свете возможного и вероятного действие или сделка обладают своей ценностью. И если мы говорим, что каждая реальная сделка является физическим измерением воли-в-действии в текущий момент времени, то все возможные и вероятные сделки являются экономическими, этическими и юридическими измерениями будущего, огромной областью Желания и Намерения, областью мысленного предвосхищения, которое придает ценность той части, которая присутствует в настоящем, и определяем, насколько далеко действие или сделка должны зайти в своем действительном исполнении, уклонении и воздержании.

Таким образом, дуализм духа и материи, триада разума, чувства и воли, тех потенций, о которых писал Джон Локк и о которых говорят суды, сводится к оценке человеком собственного поведения. В метафизическом, или философском, смысле дуализм сохраняется, поскольку имеются явления двух видов — психических и физических, чью связь между собой мы не понимаем. Но с научной точки зрения мы имеем дело с каждым из явлений в его собственной сфере — ведь наука поверхностна. Наука имеет дело только с поведением, которое является внешней стороной вещей. Наука не является фундаментальной, поскольку она не познает сущности вещей, равно как не познает то, каким образом явления одного вида взаимодействуют с явлениями другого вида. Наука может слегка раздвинуть границы известного, но она всегда оставляет место для бессознательного и неизвестного, область для гипотез и догадок, где сознательное теряется в глубинах психологии, биологии, физики и химии. Мы не знаем, что есть душа, равно как не знаем ее сущности. Мы даже не знаем, кто мы такие на самом деле, пока не начинаем действовать. Мы обретаем истинное знание о себе, только анализируя самих себя в действии.

Каждое действие есть действие и противодействие (применительно к внешней природе) или сделка (применительно к другим лицам), и как таковое оно является движущим моментом, неким потоком исполнения, уклонения и воздержания, играя свою небольшую роль в реализации целого, которое пребывает в будущем. Оно оценивается по мере

нашего продвижения. Ибо действие на момент оценки является ограничивающим фактором (или тем, что мы считаем ограничивающим фактором) в дальнейшей реализации возможного и вероятного. Как мы увидели, действие сопровождается ожиданием и предвкушением, эмоциями, интуицией, чувством, но лишь постольку, поскольку оно является возможным. Сразу после своей реализации оно прекращается и более не ощущается и не ценится. Будучи возможным, действие ценится как часть целой ожидаемой экономики, ожидаемого соединения возможных и вероятных действий и сделок в желаемый мир реальности. И пока оно возможно, оно является возможностью — свободой выбора между различными уровнями власти при осуществлении действия. Будучи возможным, оно есть также потенциальная власть, обладающая ценностью преодолевать сопротивление природы и человека ради более широких дальнейших задач. Таким образом, каждая сделка с ее физическим измерением исполнения, воздержания и уклонения соскальзывает в экономическое измерение экзистенции и экспансий — ожидаемой экономики, возможности и власти, которые как бы посредством отражения придают ценность пребывающим в настоящем исполнению, уклонению и воздержанию.

Для задач науки, следовательно, не имеет значения, знаем мы или не знаем субстанцию воли. Наука имеет дело с вероятностями и внешними сторонами. Для экономических задач не важно, придерживаемся мы «детерминизма» или «индетерминизма». Сторонник детерминизма не более чем его противник способен предсказать, что предприниматель, рабочий или судья собирается сделать в следующее мгновение, несмотря на всю свою уверенность в том, что поведение человека детерминировано, или предопределено. Каждый из них, если он достаточно мудр, следует испытанной процедуре познания человека: определяя, как он действовал в прошлом, и представляя себе, как он будет действовать в настоящем и будущем. Проблема детерминизма и индетерминизма является слишком фундаментальной, или, вернее: бихевиорист определяет волю как то, что совершает воля, оставляя другим решение вопроса о детерминированности воли психологией, физикой, химией или космосом. Шиллер — для того, чтобы защитить свободу воли, — должен был логически вернуться к атому и обосновать некоторую свободу электрона (в выборе направления, в котором он будет действовать, каковой выбор не предопределен ничем из случившегося ранее)¹². И, конечно, кажется невозможным, чтобы в какой-то неизвестный момент, когда появился человек, некий индетерминированный элемент проник во Вселенную, где он ранее никогда не обнаруживался. Но это явление другого вида. Что бы там ни было, эконо-

¹² Schiller F.C.S. *Studies in Humanism*. 1907; *Riddles of the Sphinx*. 1912. P. 439 ff.

мический детерминизм происходит из одного лишь факта, что воля действует в мире ограниченных ресурсов и что эти ресурсы объединяются или разъединяются при помощи действующих норм, которые наделяют индивидов определенными правами, обязанностями и свободами применительно к исполнению, уклонению или воздержанию. В силу этого учение о недетерминированной свободе воли нередко столь же жестоко, сколь и пусто. Оно видит свободу там, где обычно ее нет, и замещает собой пустое равенство прав там, где имеется фактическое неравенство способностей или возможностей или же фактическая недоступность предполагаемых альтернатив. Экономика и право заняты свободой выбора больше, чем свободой воли, а прогресс общества заключается в создании свободы воли посредством создания свободы выбора. Свобода — это социальный продукт, при помощи которого общество открывает индивиду расширяющийся мир возможного и вероятного, в котором он может строить свое будущее так, как он хочет.

Соответственно мы можем сказать по этому поводу только то, что любая сделка может рассматриваться с разных точек зрения, каждая из которых представляет собой разнородные явления, так что мы не можем по существу объяснить, как одно переходит в другое. В какой-то момент мы довольствуемся измерением количества явления одного вида, оставляя другие явления без внимания и рассматривая их как качества, чтобы в другое время, если возможно, измерить их количественно в их собственной сфере. Таким образом, каждая сделка обладает физическим измерением исполнения, уклонения и воздержания, экономическим измерением возможности, власти, экономики и ожидания, психологическим измерением мышления, чувства, желания, убеждения, принуждения, указания, подчинения и ожидания, этическим и правовым измерением прав, обязанностей, свобод и незащищенностей, а также политическими, или государственными, измерениями полномочий и разрешений в использовании физической, экономической и моральной власти в соответствии с общепризнанными правилами или действующими нормами, которые устанавливают границы поведения и направляют его. Теперь мы перейдем к исследованию последнего из вышеперечисленного.

4. УЗАКОНЕННЫЕ СДЕЛКИ

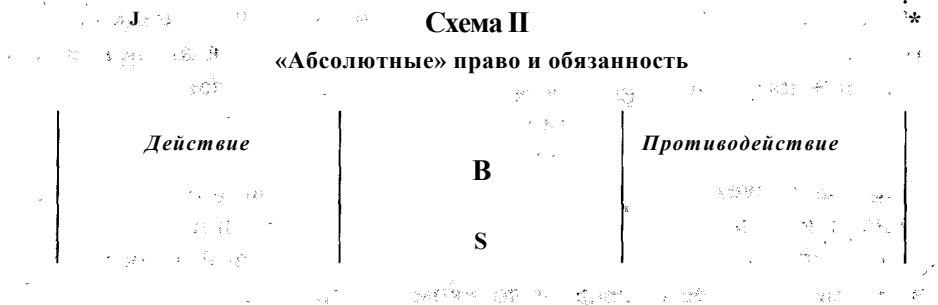
Мир возможных и вероятных сделок некоего лица не ограничивается только одним действующим предприятием (исключение составляют, вероятно, самые примитивные общества, где семья, предпринимательская деятельность и государство неотделимы друг от друга). Итак, лицо является членом нескольких предприятий или заключает сделки с членами нескольких предприятий, каждое из которых представляет из себя своего рода систему правления, принуждающую к соблюдению правил поведе-

ния. Эти предприятия в ходе эволюции общества в той или иной степени отделились друг от друга в соответствии с теми типами обязанностей, которые установлены их коллективными правилами и директивами, и тех санкций за их неисполнение, на которых они специализируются. Поскольку, однако, верховным предприятием является государство, которое управляет на основе страха перед насилием, то именно его функционеры (суды, адвокаты и юристы) наиболее полно проанализировали понятия правомочного и неправомочного, а также обязанности, и именно из их анализа юридических сделок мы можем извлечь элементы этического эквивалента всех сделок. То, что мы обнаруживаем в отношении юридических сделок, подсудных политическому правительству, основанных на законодательных правилах и поддерживаемых страхом перед применением насилия, будет в основе своей верно и для коммерческих сделок, направляемых обычаями делового оборота, подкрепленных страхом перед бедностью и находящихся в юрисдикции коммерческих предприятий, а также для моральных сделок, направляемых системой общепринятых правил поведения, подкрепленных страхом перед мнением других людей и находящихся в юрисдикции культурных предприятий. Как уже сказано, это разделение предприятий является вопросом преобладания, а не выделения в чистом виде, поскольку насилие, бедность и мнение переплетены друг с другом. Но как только мы установим смысл юридических прав и обязанностей, мы будем обладать элементами экономических и моральных прав и обязанностей.

Все права и обязанности являются относительными. Если мы говорим, что право некоего лица абсолютно, то имеем в виду только то, что оно неограниченно и соотносится с неограниченной обязанностью противоположного лица. При этом абсолютное право-обязанность не имеет количественного содержания и как таковое может с равным успехом именоваться как бесконечным правом, так и нулевым правом. Оно просто не существует как реальное или возможное право или обязанность. Оно находится в той точке, где заканчивается сфера этических и юридических сделок и начинается физическая сфера действий и противодействий, имеющих место между человеком и природой.

Действительно, «право» — это емкий термин, охватывающий сложный набор желаний и страхов, которые человеческие существа питают друг к другу. Однако ситуация, при которой одна сторона желает добиться исполнения, уклонения и воздержания от другой стороны (которая, в свою очередь, обладает противоположным желанием), причем добиться всего этого не при помощи собственной власти, а благодаря страху перед принуждением, налагаемым высшей третьей стороной (от которой вторая сторона ожидает того же самого применительно к первой стороне), обуславливает уверенность в том, что эта высшая третья сторона действует

в соответствии с правилами и принципами, а не на основании одних лишь прихотей или чудачеств неразумной или безответственной стороны. Если же уверенности в существовании этой высшей справедливой третьей стороны (или в том, что она захочет вмешаться) нет, то отношения права и обязанности между первыми двумя сторонами исчезают одновременно, а собственно взаимоотношения между ними опускаются на уровень феноменов иного порядка, на уровень физического действия и противодействия, имеющих место между силами природы. Поэтому термин «абсолютное право» и соотнесенный с ним термин «абсолютная обязанность» могут обозначать лишь то, что высшей третьей стороны не существует или она не желает вмешиваться. Если ее не существует, то отношение есть физическое отношение между двумя животными, которые суть лишь силы природы, не ограниченные высшей волей. Если же третья сторона вмешивается (или стороны уверены, что существует обещание или угроза такого вмешательства) в соответствии с предустановленными правилами, то она делает это при помощи ограничения или принуждения воли первой или второй стороны. Причем ограничение является количественным и, следовательно, относительным. Абсолютное право и абсолютная обязанность суть фигуры речи (наподобие «прав» или «обязанностей» тигров и смерчей, относящихся к физическим явлениям) и не имеют измерений или пределов, относящихся к явлениям в сфере этики. Эти абсолютное право и абсолютная обязанность могут быть представлены следующим образом («право» и «обязанность» заменены на более подходящие термины «действие» и «противодействие»):



Так называемое «абсолютное» право **B** есть «абсолютная» обязанность **S**. Здесь нет никакого предела в виде ограничения или принуждения, который могла бы положить поведению сторон высшая власть. Каждая из сторон без угрызения совести, без обращения к божественной или земной власти, без ограничений, налагаемых традицией или какими-либо другими правилами поведения, может убивать, поработать или грабить другую в меру своих возможностей. Сделка является «естественной» сделкой, без этического или юридического содержания. Абсолютное право, будучи неограниченным, есть бесконечное право и, следовательно, нулевое право.

Первый шаг в сторону от этих физических отношений, некорректно именуемых абсолютными правом и обязанностью, происходит тогда, когда первая или вторая сторона начинает верить в то, что более высокая воля, действующая в соответствии с заранее известными правилами, может, используя страх перед собой, прийти на помощь той или иной стороне. Этот переход от физики к этике обычно выражался в виде «божественного», или «естественного», права. Исторически эти термины отражают мыслительный процесс, породивший понятия права и обязанности. Как представляется, исторически право было не чем иным, как желаемым действием внешней более высокой силы, внушающей страх другим лицам, при том, что обязанность и есть сам этот страх. Племена, нации, семьи и индивиды тем или иным образом обращали свои надежды и страхи в верования в духов-хранителей или в законы природы, которые наделены властью, волей и обыкновением приказывать и навязывать подчинение.

С этими этическими заповедями, однако, сопряжены определенные проблемы. Сами они суть мыслительные процессы и, следовательно, различаются так же, как желания и страхи индивидов. Поэтому когда они вступают в действие, они являются индивидуалистическими и анархистскими. Они не ограничены в действии никакой земной властью, которой подчиняются обе стороны. Желанию одной стороны, предполагающей, что она обладает божественным, или естественным, правом на определенное поведение другой, может не соответствовать страх другой стороны, предполагающей, что она обязана в соответствии с божественным, или естественным, правом предоставить первой стороне именно такой объем исполнения, уклонения и воздержания. Таким образом, здесь может иметь место несоотнесенность, невозможность совместить желание одного со страхом другого. Ситуация, когда недостаток такой субъективной соотнесенности выражается в действии, может быть представлена следующим образом:

Схема III

Сделки, не защищенные законом, — этические

| | | | |
|---|------------------------|---|------------------------|
| П Р О Т И В О П О Л О Ж Н О С Т И | Несоотнесенные понятия | | |
| | Право | В | Обязанность |
| | Отсутствие права | С | Отсутствие обязанности |

В или S, каждый из них, признает, что его право на исполнение, уклонение или воздержание со стороны другого ограничено, но ни тот, ни другой не соглашаются в отношении того, где именно следует провести границу. Это — историческая стадия «божественного», или «естественного» права, стадия, на которой вызывают к сверхчеловеческой неземной власти, и это стадия анархии, догматизма и метафизики, на которой существует столько же концепций божественных или естественных прав, проистекающих из божественных или естественных правил поведения, сколько существует индивидов; и если говорить с позиции бихевиоризма, это есть стадия сделок, не защищенных законом. Этические понятия права и обязанности присутствуют; кроме того, признается, что итоговое поведение находится в определенных пределах, за которыми права и обязанности отсутствуют; однако не решено, где именно следует положить эти пределы.

Как представляется, единственной процедурой, которая могла бы *соотнести* желания и страхи каждой из сторон и предотвратить анархию, является обращение к третьему, вполне земному, лицу, которому каждая сторона соглашается подчиняться (или же ее принуждают подчиниться). Таким образом, здесь мы наблюдаем общественную необходимость в судьях, вождах, королях, деспотах, священнослужителях, губернаторах, управляющих и т.д., чья поведенческая функция заключается в том, чтобы (при определенном направлении со стороны этических убеждений, которые эти лица разделяют с некоторыми другими лицами) соотносить на практике конфликтующие утверждения и отрицания прав и обязанностей. Индивиды с противоположными интересами или убеждениями не всегда могут договориться об их соотнесении, но это соотнесение необходимо для того, чтобы удержать вместе составные элементы коллективной воли. Этика — это анархия, закон — это порядок, а соотнесенность прав и обязанностей является не логическим умозаключением, как нередко полагают, а принуждением со стороны правительства.

По этой причине мы оставим без внимания чисто этические сделки, зависящие от индивидуальных интересов и убеждений, и сразу перейдем к узаконенным сделкам, при которых воля высшей стороны (или сторон) полагает определенные пределы в сделках, применяя (или истолковывая) правила поведения, пригодные для данного конкретного спора. Это влечет за собой соотнесенность права и обязанности, которая является отправным пунктом юриспруденции. Следующая схема иллюстрирует данную ситуацию, где определенное право одной стороны тождественно обязанности другой стороны, причем каждая из сторон ограничена

высшей властью, принуждающей к соблюдению правила, общего для них обеих, в определенной точке, где начинается отсутствие прав и обязанностей.

Схема IV

Узаконенные сделки — юридические

| | | |
|----------------------|------------------|------------------------|
| Соотнесенные понятия | | |
| ПРОТИВОПОЛОЖНОСТИ | Право | В |
| | Отсутствие права | S |
| | | Обязанность |
| | | Отсутствие обязанности |

Эта схематизирует, что для образования социального отношения, включающего права и обязанности, необходимо минимум три стороны: две низшие и одна высшая. Однако, как мы видели, для современной коммерческой сделки необходимо минимум пять лиц. Здесь же мы наблюдаем некий промежуточный исторический шаг, предшествующий сделке, в которой задействовано минимум пять человек.

Правительство определенного типа устанавливает действующие нормы, которые наделяют правами на собственность и свободу один класс сторон, назовем их В и В' (см. схему V), но отрицают право на собственность и свободу другого класса, скажем, S и S'. Это — состояние узаконенного рабства, при котором В и В' обладают правами и обязанностями по отношению друг к другу, но не по отношению к S и S'. Право В есть его право требовать от В' не вмешиваться в его дела и позволить ему делать с S все, что заблагорассудится. Точно так же В' наделен теми же правами в отношении В, но уже применительно к S'.

И лишь когда высшая власть положит предел праву В и В' заставлять S и S' служить себе, может быть поставлен вопрос о правах и обязанностях в отношениях между ними. До этого момента S и S' являются физическими вещами, а не людьми. Но с наступлением данного момента начинается современный этап всеобщего равенства и свободы, а типичная сделка, действующая минимум пять сторон, распространяется на все классы лиц, как это показано ниже:

Схема V
Узаконенные сделки

| | | | |
|---|----------------------|--------------------------------------|---------------------------|
| П Р О Т И В О П О Л О Ж Н О С Т И | Соотнесенные понятия | | |
| | Право | Возможность | Обязанность |
| | Отсутствие права | В л а В В' с т ь S S' | Отсутствие обязанности |

Эта типичная сделка берёт начало в понятии личности — той направляющей саму себя единицы которую мы называем волей; и именно такое расширение пр4в и обязанностей фактически создает «свободную волю». Таким образом, пять сторон, необходимых для идеи права; первая сторона — которая заявляет о своем праве; вторая сторона — с которой производится сделка; «третьи» стороны — из которых первая является соперником или конкурентом первой стороны, а вторая — соперником или конкурентом второй стороны; и, наконец, пятая сторона — которая устанавливает правила того предприятия, законными членами которого являются все стороны. Как мы увидим, здесь также предусматриваются два отношения возможности и власти.

Притязание первой стороны, предъявляемое третьим сторонам, есть притязание на то, чтобы все остальные стороны не препятствовали первой стороне в ее действиях по отношению ко второй. «Третьи» стороны суть «все прочие», или, вернее: право, обладателю которого противостоит «неограниченный круг лиц», право *in rem* (вещное право), является «мультиальтернативным правом»¹³, т.е. одним из бесчисленных подобных прав, обладателю которых противостоят все (или почти все) члены организованного сообщества, каждый из которых обладает соотнесенной с этим правом обязанностью. Однако бесчисленные третьи стороны, как мы видели, сводятся — в каждой конкретной сделке в определенный момент времени — к двум ближайшим третьим сторонам, которые должна держать в уме первая сторона, когда она фактически выбирает альтернативы. Определенно право первой стороны есть поэтому ограниченное право, которым она наделяется высшим лицом и которое гарантирует, что непосредственные соперники до определенного момента будут оставлять ее в покое. Соответственно ее право — это определенная обязанность для них, которая ограничивает их свободу вмешиваться, вне зависимости от

¹³Термин Хохфелда. См. с. 105 и далее.

их своекорыстия или их симпатии ко второй стороне. Действующая норма указывает этим третьим сторонам, что они *не должны* делать.

Таким образом, пятая сторона, чья власть выше, чем власть четырех других участников, вводит идею права посредством истолкования принятых правил поведения. Если все надежды и ожидания первой стороны сводятся к тому, что она одна должна осуществлять свое притязание на свободу взаимодействия со второй стороной, то мы наблюдаем ситуацию, которая не отличается от той ситуации, в которой оказываются при сходных обстоятельствах животные. Но если первая сторона уверена, что может призвать к себе на помощь высшую личность (Бога, Дух, фетиш, табу), которая обладает властью устанавливать правила поведения и которая может удержать третьи стороны от вмешательства посредством их страха перед собой, тогда человеческая природа начинает отличаться от животной. И если на более поздних стадиях цивилизации первая сторона, отчасти утратив свою веру в личностных духов, тем не менее продолжает, цёрить в благодетельный порядок природы, в естественный закон гармонии, в покровительство дружественных сил, внешних по отношению к человеку (т.е. в идеальный набор действующих норм), которые могут прийти ей на помощь, то мы наблюдаем, как философия естественного права возникает из идеи природного порядка и из божественного права, возникшего из идеи божественного порядка Вселенной (при этом данное право является «естественным», по сути дела, в ином смысле, поскольку его истоком являются наиболее глубинные надежды и страхи человеческой природы). Именно на этом этапе веры в «благодетельную природу» в XVIII в. возникли современные правовые и экономические теории — до того, как Мальтус и Дарвин показали нам скупость и жестокость природы, и до того, как наука научила нас формулировать свои определения не в терминах, подразумевающих теории причинно-следственных отношений, или мнения о хорошем и плохом, или надежды и опасения, связанные с добром и злом, но в бесцветных терминах нашего собственного поведения.

Однако этические идеалы все еще сохраняются, поскольку их источником являются не абстрактные рассуждения, разум или природа, но надежды и страхи, которые крайне важны в условиях характерной для человека беспомощности, а также имеют значение для концепции устойчивой личности; и именно они направляют поведение предпринимателей, простых рабочих, судей и философов. Следовательно, остается найти им подобающее место.

Концепция прав и соотносенных с ними обязанностей относится к человеческому существу приблизительно так же, как ожидания относятся к товарам. Потребительные и меновые ценности — это действия, которые стремятся получить, процесс ожидания, который придает текущую

ценность тому набору физических свойств, который мы называем ожидаемым результатом. То же самое и с отношением права и обязанности. Они являются действиями, которые люди стремятся получить от других или которых страшатся, ожиданиями, связанными с надеждами и страхами в отношениях между людьми, которые есть реальность, воплощенная и существующая в тех лицах, от которых ожидают действий. Сами лица суть наборы качеств, которые мы называем ожидаемым результатом: их поведение, на которое надеются или которого страшатся, — это процесс ожидания, связанный с ними. Когда эти ожидания предсказуемы, они принимают форму закона, норм или принципов человеческого поведения, которые суть не что иное, как предположение о том, как индивиды или классы будут действовать при определенных обстоятельствах. Экономически они действуют, движимые полезностью; этически они действуют, движимые симпатией и обязанностью. Или, если конкретизировать это в терминах воли, «полезность» для экономистов означает волю подчинять себе физический мир и других лиц: одно — в качестве потребительных ценностей, другое — в качестве меновых ценностей. Однако «симпатия» моралсдвовСеть добровольное подчинение себя другим, а «обязанность» есть недобровольное подчинение себя другим. Симпатия и обязанность суть поведенческие следствия человеческих ценностей, которые обуславливают возникновение прав, в то время как полезность есть следствие товарных ценностей. Поскольку налагаемая обязанность создает соотнесенное с ней равноценное право, то и создание прав есть создание обязанностей. Таким образом, юридическое отношение права и обязанности, существующее между двумя лицами, есть не что иное, как ожидание устойчивого правила поведения, или, говоря словами Корбина, «предсказание относительно того, что общество, действуя через свои суды и своих исполнителей, будет или не будет делать в интересах одной стороны и против интересов другой»¹⁴.

Суды и органы исполнительной власти представляют человеческие существа, действующие, как и другие человеческие существа, в соответствии с чувствами полезности, симпатии и обязанности, и, следовательно, юридические отношения отличаются от неюридических лишь в том, что первые являются ожидаемой деятельностью официальных лиц, руководящих использованием физической власти общества, а вторые суть ожидаемые действия частных лиц. И те и другие отношения являются экономическими и этическими, но первые — это официальная этика и политическая экономия, а вторые — частная этика и экономика бизнеса или экономика культуры.

Эти рассуждения вводят нас в метафизическую и научную проблематику фундаментальной природы юридических понятий, проблематику, которая начала обсуждаться в Америке недавно скончавшимся профес-

¹⁴ Corbin A.L. Legal Analysis and Terminology // 29 Yale Law Jour. 1919. P. 163,164.

сором факультета права Йельского университета УН. Хохфельдом и которая может быть представлена тремя различными точками зрения на анализ, терминологию и классификацию юридических отношений. Литература по этой дискуссии указана в сноске¹⁵. Поскольку эти три точки зрения будут неоднократно затрагиваться в дальнейшем, мы в данный момент кратко изложим их следующим образом.

Первая точка зрения — это позиция юристов-практиков, отстаивающих интересы своих клиентов в судах первой инстанции, где факты, относящиеся к данной конкретной сделке, предполагаются доказанными, а суд занимается тем, что толкует определенные право и обязанность как приложимые или неприложимые к данному делу. Поэтому практические вопросы таковы: может ли принятое ранее отношение право-обязанности прилагаться к данной сделке? Утвердит или не утвердит суд данное право одной стороны и соотнесенную с ним обязанность другой? Будут или не будут действующие нормы общества наделять правом одну из сторон в данном деле? Ответ является положительным или отрица-

1 * »Λ

¹⁵ Hohfeld W.N. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning // 23 Yale Law Jour. 1913. R 16; 26 Yale Law Jour. 1917. R 710; Corbin A.L., Kocourek A., Page W.H. Terminology and Classification in Fundamental Jural Relations: a Symposium // 4 Amer. Law School Rev. 1921. P. 607; Kocourek A. The Hohfeld System of Fundamental Legal Concepts // 15 Ill. Law Quar. 1920. P. 23; Various Definitions of Jural Relations // 20 Col. Law Rev. 1920. P. 394; Rights in Rem // 68 Pa. Law Rev. 1920. P. 322; Plurality of Advantage and Disadvantage in Jural Relation // 19 Mich. Law Rev. 1920. P. 47; Tabulae Minores Jurisprudentialiae // 30 Yale Law Jour. 1921. P. 215; Polarized and Unpolarized Legal Relations // 9 Ky. Law Jour. 1921. P. 131; Corbin A.L. Legal Analysis and Terminology // 29 Yale Law Jour. 1919. P. 163; Contracts for the benefit of third Persons // 27 Yale Law Jour. 1918. P. 1008; Does a Pre-existing duty defeat Consideration? // 27 Yale Law Jour. 1917. P. 362; Offer and Acceptance and Some of the Resulting Legal Relations // 26 Yale Law Jour. 1917. P. 169; Jural Relations and their Classification // 30 Yale Law Jour. 1921. P. 226; Cook W.W. Hohfeld's Contribution to the Science of Law // 28 Yale Law Jour. 1919. R 721; The Powers of Courts of Equity // 15 Col. Law Rev. 1915. P. 37, 106, 228; Privileges of Labor Unions in the Struggle for Life // 27 Yale Law Jour. 1918. P. 779; The Alienability of Choses in Action // 29 Harv. Law Rev. 1916. P. 816; 30id., 449. 1917; Pound R. Legal Rights // 26 Int. Jour. Ethics. 1915. P. 92; Goble Geo W. Affirmative and Negative Legal Relations // 4 Ill. Law Quar. 1922. P. 94; Summers W.L. Legal Intents in Oil and Gas // 4 Ill. Law Quar. 1921. P. 12; Powell T.R., Collective Bargaining Before the Supreme Court // 33 Pol. Sci. Quar. 1918. P. 396; Hale R.L. Rate Making and the Revision of the Property Concept // 22 Col. Law Rev. 1922. P. 209; Law Making by Unofficial Minorities // 20 Col. Law Rev. 1920. P. 451; Salmond J. Jurisprudence. 1920. 6th ed. Chaps. X to XV. P. 179-298; Terry H.T. Anglo-American Law. 1884. Chaps III, IV, V, VI. P. 50-155. Наилучшее краткое изложение позиции Хохфельда представлено в указанных выше статьях Кука ("Hohfeld's Contribution to the Science of Law") и Корбина ("Legal Analysis and Terminology"). Статьи Хохфельда с введением Кука были изданы отдельной книгой Издательством Йельского университета.

тельным, позитивным или негативным, «да» или «нет». Таков был подход Хохфельда, и он может быть описан как *конкретно-индивидуальная*, или *прагматическая*, точка зрения суда первой инстанции.

Вторая точка зрения принимает во внимание логические, математические или силлогистические отношения, существующие между юридическими понятиями (будь то отношения противоположности, противоречия или соответствия), когда закон или действующая норма общества уже утверждены в качестве большей посылки, а сделка — в качестве меньшей, а вопрос ставится о том, каковы в общем (а не применительно к конкретному делу) преимущества или неудобства для индивида, которые обуславливаются этими действующими нормами. Это, в общем и целом, позиция Кокурека, главного критика Хохфельда, и она может быть описана как *абстрактно-индивидуальная*, или *диалектическая*, точка зрения логика.

Третья точка зрения — это позиция Верховного суда, законодательной власти или экономистов, задающихся вопросом, каковы пределы и задачи самих действующих норм общества, а также каковы экономические и социальные последствия частного юридического отношения, созданные частным правилом поведения. Если более кратко, то вопрос таков: в чем заключается должная правовая процедура, применяемая к некоему классу сделок? Это — отправная точка, которая принимает во внимание вопросы ценности и экономики, а именно: каковы общественные цели и задачи, лежащие в основе утверждаемой или отвергаемой отдельной действующей нормы или закона? Каковы количественные пределы власти и ресурсов сторон или наций? Насколько значимыми сравнительно друг с другом являются соперничающие интересы, на которые будут воздействовать закон или решения, принятые в соответствии с законом, а также насколько глубокими или обширными будут убеждения, верования, надежды и страхи, из-за которых одно правило поведения предпочитается другому (или наоборот)? Такую позицию можно обозначить как точку зрения *действующих норм предприятия*, т.е. *социально-экономическую* точку зрения экономистов или Верховного суда.

Эти три точки зрения, как мы увидим, обуславливают серьезные различия в толковании и употреблении терминов. Хохфельд, основываясь на позиции суда первой инстанции, выносящего решения по поводу частных интересов, поддерживаемых или ограничиваемых правилами поведения, принятыми в обществе, сводил число основополагающих юридических понятий к восьми, причем эти восемь понятий, сообразно их отношению между собой, подразделялись на две категории: на «противоположные юридические понятия» и «соотнесенные юридические понятия». Он классифицировал их так:

| | | | | |
|---|-----------------|------------------|----------------------|----------------------|
| Противоположные юридические понятия | Право | Привилегия | Власть | Иммунитет |
| | Отсутствие прав | Обязанность | Ограничение в правах | Обязательство |
| Соотнесенные юридические понятия ⁴ | Право | Привилегия | Власть | Иммунитет |
| | Обязанность | Отсутствие права | Обязательство | Ограничение в правах |

Исходная критика классификации Хохфельда со стороны Кокурека основывалась на двойственности значения термина «противоположность» и пары «утверждение / отрицание». Хохфельд понимал их в прагматическом смысле «да» и «нет», приложимых к конкретным делам, которые рассматриваются в суде первой инстанции. Кокурек же перевел их в плоскость диалектического* смысла противоречия как приложимого к абстрактным универсалиям в уме логика, после чего обоснованно уничтожил. Хохфельд хот^г Ответить на вопрос о том, будет ли суд подтверждать право (или отсутствие права) «этого вот» конкретного истца. Отсутствие права есть отрицание того, утверждением чего является право, и первое «противоположно» другому. Но с диалектической, или универсальной и абстрактной, точки зрения «отсутствие права» и соотнесенное с ним «отсутствие обязанности» могут быть всей остальной частью Вселенной, даже звездами и ангелами. Диалектическое отрицание может быть бесконечностью или нулем — в обоих случаях оно ничего не значит для конечных существ.

Однако нам не следует отвергать анализ Хохфельда; его логику и точность можно сохранить, если заменить неопределенный термин «противоположности» на количественный термин «пределы». Термины «утверждение» и «отрицание», как и термин «противоположности» (о чем мы уже сказали ранее¹⁶), обладают не только диалектическим значением «да» и «нет», но и количественным значением «больше» и «меньше», «многое» и «малое», «плюс» и «минус». Поэтому, вводя термин «пределы», мы очерчиваем внешние пределы сделки (устанавливаемые властью и возможностями сторон) и внутренние ее пределы (где заканчивается право-обязанность и начинаются отсутствие права и отсутствие обязанности). Поэтому вместо *противополагающего отрицания* предыдущей схемы (V) мы имеем *ограничивающее отрицание* (см. ниже), где разрешаются или устанавливаются как внешнее ограничение власти и возможности, так и внутреннее ограничение на уровень власти или выбора возможностей.

¹⁶ См. главу II, с. 55 и далее.

Схема VI
Узаконенные сделки

| | | | |
|---------------------------------|----------------------|---|---------------------------|
| П р е д е л ы | Соотнесенные понятия | | |
| | Право | Возможность В л В В' а с т ь S S' | Обязанность |
| | Отсутствие права | | Отсутствие обязанности |

Хохфельд нашел юридический термин, который он мог использовать в смысле «отрицания» обязанности, а именно термин «привилегия». Заменяя «отсутствие обязанности» на «привилегию», мы получим следующую схему:

Схема VII
Узаконенные сделки

| | | | |
|---------------------------------|----------------------|---|-------------|
| П р е д е л ы | Соотнесенные понятия | | |
| | Право | Возможность В л В В' а с т ь S S' | Обязанность |
| | Отсутствие права | | Привилегия |

Мы должны рассмотреть правомерность употребления Хохфельдом терминов «отсутствие права» и «привилегия». Хохфельд имеет в виду ту привилегию, которой обладает свидетель в суде (привилегию отказаться от дачи свидетельских показаний, если они затрагивают конфиденциальный предмет или являются показаниями против него самого, т.е. информацию, на законных основаниях «защищенную свидетельской привилегией»), но расширяет значение этого понятия. Следовательно, очевидно, что «привилегия» обладает тождеством с другим термином Хохфельда — «иммунитет»: в том, что привилегия — узаконенный предел, где кончается обязанность, а иммунитет — это официальный предел, где заканчивается обязательство принуждать. Это тождество мы рассмотрим позже.

Хохфельд, временно ограничиваясь рассмотрением узаконенного поведения, обозначаемого термином «привилегия», говорит, что «ближайшим синонимом “узаконенной привилегии” является “узаконенная свобода”»¹⁷. Мы уже отмечали двойственность значения термина «свобода», выявленную в решениях судов по делам о скотобойнях. В юридическом смысле термин «свобода» подразумевает отсутствие обязанности, или, вернее, пределы обязанности, и, следовательно, тождественен расширенному значению «привилегии», которое использует Хохфельд. Однако в экономическом смысле «свобода» подразумевает выбор возможностей или выбор двух уровней власти в процессе действия.

Кокурек, отмечая, что Хохфельд использует термин «привилегия» в значении «свобода», утверждает, что «свобода» — это не юридическое понятие, вероятно, в силу двух обстоятельств:

(1) Свобода — это «позитивное» действие воли, выражением которого является «акт выбора». Это — безусловная истина, поскольку «свобода» находит выражение в любом акте выбора, даже в таком, который является в высшей степени вынужденным или недобровольным. Но это так лишь потому, что «свобода» обладает двумя значениями — «индивидуальной» свободы и «социально-экономической» свободы. В индивидуальном отношении лицо нельзя помыслить свободным, если оно не может осуществлять добровольный выбор. Именно поэтому мы заменяем насыщенный термин «свобода» бесцветным термином «выбор возможностей», обозначая им индивидуальный акт выбора и прилагая его к любому выбору, будь он «свободным» или вынужденным. С другой стороны, социальный смысл «свободы» является производным от действующих норм государства или любого другого предприятия, которые разъясняют индивиду, что он может делать при помощи общества (помощи в том смысле, что общество будет запрещать другим вмешиваться в его «акт выбора»), «Свобода», с точки зрения этих действующих норм, есть *разрешение* выбирать, защищаемое обществом посредством недопущения вмешательства других людей, и может прилагаться к любому типу выбора (принудительному или недобровольному), поскольку действующие нормы предотвращают вмешательство третьих сторон, которые могли бы воспрепятствовать этому частному акту выбора.

(2) Второй аргумент Кокурека, почему «свобода» не может быть юридическим понятием, заключается в следующем. Согласно ему юридические понятия — только те, которые подразумевают ограничение или принуждение, а «свобода» есть *отсутствие* ограничения и принуждения. «Обязанность», считает Кокурек, является юридическим понятием, поскольку указывает на предписанное принуждение, а «свобода» не является таковым, поскольку есть отрицание (в диалектическом смысле «отсутствия обязанности»). Здесь самым очевидным образом упуска-

¹⁷ Hohfeld. Op. cit. P. 41.

ется из внимания существенное качество свободы, заключающееся в том, что в соответствии с действующими нормами свобода существует только при условии «ограничения и принуждения» в отношении третьих сторон. Безусловно, свобода есть *отсутствие* ограничения в отношении той стороны, которая наделена свободой, но она есть также и *наличие* ограничения в отношении всех возможных или вероятных сторон, которые могли бы вмешаться в акт выбора. Свобода связана с принуждением в той же степени, что и обязанность, но там, где обязанность демонстрирует, что *лицо должно или не должно* делать, свобода говорит другим лицам о том, что они *не должны* вмешиваться в дела обладающего свободой лица, или о том, что они *должны*, если это необходимо, оказывать помощь в предотвращении вмешательства со стороны каких-либо иных лиц. Обязанность — это принуждение *сторон* сделки; свобода — это разрешение, данное сторонам сделки, заключающееся в принуждении *других сторон*, которые могли бы вмешаться в их выбор.

Как мы увидим, оба аргумента, приводимых Кокуреком в защиту тезиса о том, что «свобода» не является юридическим понятием, основаны на его диалектической позиции как противоположной прагматической позиции Хохфельда или той точке зрения, которая принимает во внимание предприятие с его действующими нормами. Если мы, вместо того чтобы определять свободу или привилегию как «отрицание» обязанности, определим ее как «границы» поведения, выраженного в «этой вот» конкретной обязанности (или как выход за границы данного поведения), и в то же самое время примем во внимание цели действующей нормы, которая создает эту обязанность, то тогда «свобода» окажется, по сути своей, юридическим понятием, поскольку в возможных или вероятных границах сделки обязанность и свобода изменяются в обратном отношении друг к другу: обязанность возрастает, когда уменьшается свобода, и обязанность уменьшается, когда возрастает свобода (или привилегия). Свобода — это одна из самых важных целей для действующих норм общества, и она может достигаться только посредством уменьшения обязанностей, что, в свою очередь, является не чем иным, как уменьшением прав противоположных сторон. Если провести это различие, то выбор возможностей, или просто возможность, становится экономическим эквивалентом свободы, и свобода занимает подобающее ей место как этическое и юридическое понятие, подразумевающее ограничение обязанности.

Сказанное выше приложимо к свободе, равно как и к привилегии, если оба термина используются в одном и том же значении. Тем не менее имеется одна причина исторического характера, по которой нам следует употреблять термин «свобода» вместо термина «привилегия». «Привилегия», согласно общепринятому и исторически устоявшемуся значению термина, есть *особая привилегия*, которой другие лица при сходных обстоятель-

ствах не наделяются; и у нас еще будет повод использовать термин «привилегия» в значении *неравной свободы* как противоположной понятию гудвилла, предполагающему равную и непривилегированную свободу. Далее, термин «привилегия» употребляется в Конституции США в значении, тождественном значению термина «власть», как он используется Хохфельдом; в то же время термин «свобода» в решениях по делам о ско- тобойных и по некоторым другим последующим делам был наделен значением свободного выбора возможностей¹⁸. Заменяв в схеме Хохфельда «привилегию» на «свободу», мы получим следующий результат:

Схема VIII
Узаконенные сделки

| | | |
|----------------------------------|-------------------------|----------------------------|
| ----- Соотнесенные понятия ----- | | |
| П р е д е л ы | Право | Возможность |
| | ■ > Отсутствие права | В л а с т ь |
| | | Обязанность |
| | | Свобода |

Сходные наблюдения приложимы и к термину «отсутствие права», используемому Хохфельдом для обозначения того, что права нет. Но отсутствие права может быть как диалектическим *отрицанием* права *in toto* (полностью) в духе Кокурека, так и *пределом*, положенным количеству поведения, заявленному как право. Первое значение (отрицание, отказ) приемлемо тогда, когда мы говорим об «абсолютном» праве как о полном отсутствии права, понятии ничто, в том смысле, что оно отсылает к отношению человека к природе и, конечно, не содержит поэтому этических измерений. Второе значение (ограничение) уместно тогда, когда мы говорим о праве, которое, несомненно, присутствует в реальной сделке, но ограничено определенными рамками. В силу этого мы заменим диалектический термин «отсутствие права», используемый Хохфельдом, на поведенческий термин «незащищенность», и, таким образом, наша схема отношений между правами и обязанностями, незащищенностями и свободами будет выглядеть следующим образом:

¹⁸ Четырнадцатая поправка: «Ни один штат не должен издавать или применять законы, которые ограничивают привилегии и льготы граждан Соединенных Штатов, равно как ни один штат не может лишить какое-либо лицо жизни, свободы или собственности и т.д.».

Схема IX
Узаконенные сделки

Соотнесенные понятия

| | | | |
|---------------------------------|---------|--|---------------------|
| П р е д е л ы | Право | Возможность ; в в' а с т S S' ь | Обязанность |
| | Свобода | | Незащищен- ность |

Заявитель (любая из четырех сторон) отстаивает свое право на определенное поведение в отношении исполнения, уклонения и воздержания применительно к другой стороне, и это притязание затем ограничивается в определенных пределах действующими нормами, что оставляет, таким образом, заявителя незащищенным, т.е. потенциально уязвимым (без права на средство судебной защиты или на покровительство) для действий других лиц в рамках, в которых они свободны действовать в отношении заявителя любым образом, не испытывая ограничений и принуждений, налагаемых обязанностью. Их свобода подразумевает, что они могут причинять ущерб заявителю, не нарушая при этом закон — *damnum absque injuria* (ущерб без правонарушения). Таким образом, при том, что узаконенное право одного равно и соотносится с необходимым подчинением или обязанностью любого другого, на кого эта обязанность налагается, узаконенная свобода этого другого соотносится и равна разрешенной незащищенности того, чье право ограничено.

Эта «незащищенность» эквивалентна одному из значений термина «обязательство», используемого Хохфельдом. Однако термин «обязательство» обладает и другим значением, когда он соотносится с «юридическим правом», в каковом случае он обозначает ответственность, подотчетность или подчиненность вышестоящему лицу. Для наших нынешних задач мы определим обязательство следующим образом: обязательство подразумевает, что лицо, обладающее «отсутствием права», не защищено (насколько речь идет о покровительстве, предоставляемом действующими нормами) от свободного и ничем не ограниченного поведения того, кто — в равной степени — не связан обязанностью по отношению к нему. Салмонд приводит следующие примеры обязательств, соотносящихся со свободами (привилегиями), или, как сказали бы мы, примеры «незащищенностей», соотносящихся со «свободами», а именно: «ответственность лица, незаконно вторгшегося на чужую террито-

рию, которое должно быть насильственно удалено с этой территории; ответственность разорившегося арендатора, предполагающая, что его имущество должно быть арестовано в счет ренты; незащищенность владельца дома, чьи окна затемняются соседскими постройками или фундамент которого становится менее прочным из-за строительных работ или вьгемки грунта, производимых соседями»¹⁹. К этому перечню нам следует добавить все те незащищенности, которым открыто любое лицо в силу свободы действия других лиц. Так, например, когда обязанность возвращения долга не имела формальных ограничений (в том смысле, что должник мог подвергаться тюремному заключению), кредитор обладал относительно неограниченным правом, которое обеспечивалось властью государства. Но когда долговые тюрьмы были упразднены, возрастание свободы должника означеновало тот факт, что кредитор стал менее защищен в том, что касается возвращения долга. То же самое верно и в отношении^ широчайшего поля «свободной конкуренции», где возможно на вполне законных Основаниях причинять ущерб конкурентам. Это — область *damnum absque injuria*, сфера допустимого ущерба, который *мойсет** наносится без совершения правонарушения, без судебной защиты и покровительства со стороны закона. Поэтому термин «незащищенность» включает весь возможный некомпенсируемый ущерб, опасности которого подвергается некое лицо в условиях свободной конкуренции при покупке и продаже. Свобода других при покупке и продаже соотносится с равносильной незащищенностью от некомпенсируемого ущерба того лица, которое желает участвовать в сделках купли-продажи.

Эта классификация способов употребления термина «незащищенность» позволяет провести четкое различие между незащищенностью и свободой. И то и другое есть вывод из принципа действующих норм, которые предназначены для управления сделками, заключаемыми членами действующего предприятия. Но если «свобода» есть вывод, который сообщает, что' лицу при поддержке предприятия *позволено* делать, когда он принуждает других не вмешиваться в его дела, то «незащищенность» сообщает о том, какой защиты от вмешательства или от ущерба это лицо *не может* ожидать со стороны группы. Таким образом, из этого следует, что свобода и незащищенность соотнесены и полностью равны в любой заданной сделке. «Свобода» некоего лица — это данное ему разрешение делать все, что ему захочется, поддерживаемое властью предприятия или государства, членом которого он является. «Незащищенность» противоположного лица — это его соотнесенная со свободой первого неспособность или невозможность обратиться к предприятию, чтобы оно защитило его от любого ущерба, который может быть нанесен тем, кому, таким

¹⁹ *Salmond. Op. cit. P. 195.*

образом, дано разрешение делать все, что захочется. Следовательно, вместе свобода и незащищенность образуют широкое пространство свободной конкуренции — пространство ущерба, защищенного привилегией, в точности равного пространству разрешенной свободы. Это — пространство, которое, как мы обнаружим, идентично с той областью, которая стала известна под названием «нематериальная собственность».

Таким образом, две «противоположности» в смысле «пределов», а именно право и незащищенность, изменяются в отношении, обратном друг к другу, точно так же, как и соотнесенные с ними понятия — «обязанность» и «свобода». Право некоего лица (которое сообщает нам, до каких пределов лицо *может* ожидать помощи от властей) увеличивается действием высшей власти ровно настолько же, насколько сокращается его незащищенность от уменьшившейся свободы других; и если незащищенность лица увеличивается, его право на соответствующую обязанность исполнения, уклонения и воздержания со стороны других уменьшается.

Таким образом, свобода есть просто предел обязанности, а не отсутствие или отрицание любой обязанности вообще. Свобода и обязанность суть ограничивающие измерения одной и той же сделки. Там, где находится предел обязанности, начинается узаконенная свобода. Уменьшение обязанности лица есть увеличение его свободы. Но это означает также уменьшение защиты или помощи, обещаемых противоположным лицам, и, таким образом, увеличение их незащищенности от некомпенсируемого ущерба, который может причинять обладающее свободой лицо. Пространство узаконенной свободы есть пространство, где поведение не ограничивается высшей властью или не испытывает принуждения с ее стороны. Одно лицо может быть свободно в совершении любых действий по отношению к другому лицу, и когда оно их совершает, оно не совершает незаконных действий, т.е. не наносит *противоправного*, преследуемого по закону ущерба. От этого лица нельзя требовать уклонения, исполнения чего-либо или воздержания от употребления избыточной власти по отношению к другому лицу. Сказать, что одно лицо «не имеет права», — значит сказать, что другое лицо обладает «свободой», и в этих рамках первое лицо не защищено от возможности любого поведения, которое второе лицо могло бы выбрать в пределах своей физической, экономической и моральной власти. Соотнесенным для свободы является ограничение права и, таким образом, незащищенность от поведения других. Свобода и незащищенность начинаются там, где заканчиваются обязанность и право. «Свобода» — это защищенная свобода; «незащищенность» — это незащищенная свобода. Они равны и противоположны, т.е. соотнесены.

Следует отметить, что термин «противоположный» и термин «утверждение и отрицание» открывают нам теперь свои новые смыслы, к кото-

рым мы пока еще не обращались: противоположность интересов между лицом, заявляющим о своем праве, и лицом, отказывающимся признавать свою обязанность. Право одного — это «утверждение», обязанность другого — «отрицание». В то время как и для юристов-практиков, и для диалектиков термин «противоположность» обозначает логическое утверждение и отрицание, а в поведенческом смысле «предела» он обозначает «больше» и «меньше», «многое» и «малое», «плюс» и «минус», в социальном смысле он обозначает противоположных лиц, будь то продавец и покупатель, кредитор и заемщик, работодатель и работник, конкурент и его визави. Тем же тройственным смыслом обладают термины «утверждение» и «отрицание». Прагматически и диалектически они обозначают «да» и «нет»; поведенчески — «больше» для одного и «меньше» для другого; а социально — «я» и «ты». Первое — это логический вывод, или диалектика; второе — экономика; третье — этика и право.

5. ИМПЕРАТИВНЫЕ СДЕЛКИ

5.1. Коллективная власть U

Мы увидели, что сделки, не защищенные законом, как правило, обладают двумя недостатками: отсутствием соотнесенности права, обязанности, незащищенности и свободы, а также неуверенностью в том, что касается ожиданий. По этой причине необходимо вмешательство правительства или судебной власти, перед которыми ставятся две задачи: обеспечить и поддерживать указанную соотнесенность, даже если стороны сделки заблуждались при ее заключении или поменяли свои намерения впоследствии. Следовательно, даже эти узаконенные сделки наверняка окажутся бессодержательными и не имеющими юридической силы, если нет высшей власти, имеющей возможность и желание подтвердить свои обещания и приказания. Но для этого, оказывая поддержку индивиду или принуждая его, она должна задействовать коллективную власть предприятия.

Даже наиболее автократическое правительство в рамках предприятия не является автократическим, если под «автократией» подразумевается управление по воле одного лица. Это одно лицо (даже в случае наименьшего из предприятий, т.е. семьи) всегда управляет при помощи воли многих или немногих других лиц, с которыми оно разделяет свою власть. Но автократия имеет два значения — юридическое и психологическое. В психологическом отношении автократия представляет из себя обещания и приказания, исходящие от автократа, которые сплывают вокруг его личности достаточное число эффективных деятелей, с чьей помощью автократ прилагает ко всему свою волю. В юридическом отношении автократия представляет из себя просто отсутствие ограничений или принуждения в отношении поведения самого автократа, ко-

которые могли бы удержать его от нарушения обещаний или принятия и навязывания абсолютистских решений. В психологическом отношении автократия — это личное влияние, в юридическом — отсутствие другой верховной власти, способной контролировать автократа. В психологическом отношении невозможно говорить о том, что некий автократ был (или может быть) абсолютным автократом. В том, что касается психологии, он всегда более или менее демократичен, хотя в том, что касается права, он — автократ. Это так просто потому, что автократ не может быть призван к ответу перед более высокой земной властью, имеющей возможность ограничения и принуждения, в тех случаях, когда его поведение вызывает определенные вопросы. То есть автократа нельзя принудить держать ответ перед судом.

Это различие между психологией и юриспруденцией постепенно вырабатывалось в Англии в течение нескольких столетий экспериментов, но без всех тех теоретических дистинкций, которые мы, оглядываясь назад, способны провести теперь. Англо-американское право начинается с Вильгельма Завоевателя. Вильгельм и его законники, как мы уже видели, не делали различий между сувереном и его собственностью²⁰. Суверен был господином и землевладельцем. Остров принадлежал ему, а население было одновременно арендаторами и подданными. Как арендаторы они наделялись землей по воле суверена, сообразно тому, что они обещали вести себя должным образом, а он обещал им свое покровительство. Над сувереном не признавалось никакой более высокой земной власти, которая могла бы удержать его от нарушения обещаний, данных подданным. Он управлял подданными во всех их действиях, главными из которых были те, которые относились к сферам политической и экономической деятельности (разделение этих сфер произойдет позже). Политическая деятельность осуществлялась в грубой форме военного альянса, в рамках которого формулировались распоряжения суверена и происходило наделение привилегированных подданных *libertates* (вольностями) — правами на определенное занятие, жалованными грамотами, земельными угодьями. Это подразумевало также (юридически, если не психологически), что суверен своей собственной волей управлял их экономической деятельностью — производством и потреблением богатства. Более поздние теории, возникшие в XVII и XVIII вв., когда политика и экономика были уже отчасти разделены, обращались за материалом к доисторическим временам, к Золотому веку, когда каждый считался свободным, и для объяснения экономической и политической деятельности формулировали «естественное право» эгоизма и договора. Еще более поздние теории XIX в., в свою очередь, пересмотрели эти допущения и, обратившись к эпохе первобытного варварства с ее обобщест-

²⁰ См. главу III, с. 60.

вленной собственностью, разработали теорию эволюции форм экономической деятельности (от охоты и рыболовства, скотоводства, обмена и торговли до современной индустрии), но оставили без внимания ту важнейшую волюнтаристическую эволюцию политики и экономики, которая в англо-американском случае началась с Вильгельма Завоевателя в 1066 г. Отправным моментом для современной экономики и политики стали завоевание и возникшие в результате простейшие юридические отношения, которые можно представить следующим образом:

Схема X Абсолютная власть

| Вильгельм | Подданные и арендаторы | |
|-----------|---|---------------|
| Власть | Военное и экономическое поведение | Обязательство |

Неограниченная юридическая власть Вильгельма была равна, вернее, тождественна, неограниченному обязательству любого подданного подчиняться этой власти, если та используется в отношении него. Абсолютный монарх мог психологически предпочесть не преступать определенные границы, и, кроме того, он мог быть не в состоянии преступить их физически. Он должен был править, опираясь на волю своих подданных к подчинению. Но юридически монарх мог преступать любые границы, поскольку не мог быть призван к ответу перед судом. Психологически и физически подданные могли быть в безопасности, но юридически они были не защищены. Их незащищенность заключалась в их уязвимости (которое точнее назвать обязательством) для акта коллективного принуждения, направляемого сувереном.

Можно предположить, что, помимо чувств симпатии к своим подданным, Вильгельм и его наследники были иногда движимы этическим чувством ответственности перед ними — в соответствии с теорией о том, что их власть, полученная от Бога, не должна использоваться без ограничений по отношению к тем, кто также подчиняется той же божественной власти. Приняв, что таковые чувства иногда посещали Вильгельма, мы можем выразить этот запрет, наложенный свыше на его власть, в юридических терминах как его *ограничение в правах*. Можно предположить и то, что его подданные время от времени также испытывали сходные чувства, понимая, что, будучи субъектами того же божественного права, что и Вильгельм, они не должны подчиняться его неограниченному контролю над коллективной властью. Этот предел их подчинению власти

суверена может быть выражен в юридических терминах как *иммунитет*. Это те термины, которые, как мы видели, использовал Хохфельд.

Однако проблема с этими этическими и религиозными понятиями заключается в отсутствии соотносительности между чувствами автократа и чувствами его подданных. Они могли соглашаться в отношении принципа, но расходиться в том, что касается его приложения. Это отсутствие соотносительности можно представить так:

Схема XI
Этические сделки

| -----Несоотнесенные понятия----- | | |
|----------------------------------|-------------------------------|---------------------------|
| Вильгельм | | Подданные и арендаторы |
| Власть | Политические Экономические | Обязательство |
| Ограниченность в правах | | Иммунитет |

Как хорошо известно, в 1215 г. на лугу Раннимид бароны попытались положить предел коллективной власти Иоанна, наследника Вильгельма, организовав собственную коллективную власть и принудив его подписать документ, признающий эти пределы. Добившись успеха в ограничении власти Иоанна, они, конечно, ограничили и свои соотносительные с ней обязательства. Получившуюся в результате соотносительность можно представить следующим образом:

Схема XII
Ограниченная власть — конституционное правление

| -----Соотносительные понятия----- | | |
|-----------------------------------|----------------------------|---------------|
| | Иоанн | Бароны |
| П Р е д е л ы | Власть | Обязательство |
| | Ограниченность в правах | Иммунитет |

Проблема Великой Хартии заключалась в том, что она была не более чем клочком бумаги, за которым не стояло никакой физической власти, превышающей власть короля и способной заставить его сдерживать свои обещания и навязать ему действующие нормы. Конечно, было достигнуто соглашение о том, что бароны могут организовать совет, который следил бы за соблюдением положений Хартии, и этот совет упоминается в документе²¹, но он не предполагал назначения постоянных исполнителей или судей, которые могли бы обеспечивать судебное производство и разрешать все споры, которые возникли бы между королем и его подданными. Совет был уполномочен объявлять войну королю, но при этом не было предпринято ничего для обеспечения принудительного судебного разбирательства или принятия юридических решений до начала гражданской войны.

Этот недостаток был полностью устранен лишь через пятьсот лет, в Законе о престолонаследии (1700), хотя за эти столетия было перепробовано множество средств, ^васшрдая убийство короля и взятие управления предприятием в свои руки дискуссионным клубом, который работал плохо. Закон о престолонаследии был явно более приемлемым средством, чем это, поскольку предполагал возвращение короля, но одновременное «разделение» его на две личности — на личность суверена, позже названную «Короной», и личность частного гражданина (безусловно, наделенного некоторыми привилегиями²², но с теми же правами и свободами в отношении своей персоны и своей частной собственности, которыми обладали и другие граждане). Таким образом, собственность была, наконец, отделена от верховной власти не только для короля, но и для всех других граждан. Теперь любой гражданин получил возможность стать членом двух предприятий (политического предприятия, в рамках которого осуществляется верховная власть, и коммерческого предприятия, управляющего собственностью), каждое из которых обладает своими собственными правилами.

Такое устройство, в рамках которого учреждался компромиссный набор действующих норм, обладало четырьмя существенными чертами. *Во-первых*, механизм коллективных переговоров, благодаря наличию которого коллективная физическая власть политического предприятия — суверена или Короны — могла употребляться только в том случае, если действующие порознь король, Палата лордов и Палата общин налагали друг на друга взаимное вето. *Во-вторых*, механизм представительства, или парламентаризма, благодаря которому разрозненные граждане уже не должны были брать в руки оружие для того, чтобы

²¹ McKehnie. Magna Carta. P. 466-467; см. главу VI, с. 238.

²² См.; Chitty J. Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown. 1820. P. 5, 374 if.

осуществить свое право на вето: теперь вето могло налагать парламентское большинство, сформированное их представителями, которые избирались в соответствии с их волеизъявлением. *В-третьих*, механизмом делегирования власти, благодаря которому право на употребление коллективной власти при реальных сделках с гражданами переходило от короля к различным доверенным лицам, которых он не мог сместить, — к представителям исполнительной власти и судьям. Благодаря этому механизму стало возможно вызывать в суд не лично самого короля, но его доверенных лиц, а также устанавливать пределы употреблению ими коллективной власти (каковые пределы стали именоваться ограничениями в правах). *В-четвертых*, механизмом должностной ответственности, благодаря которому функционеры исполнительной власти, судьи и представители могли смещаться со своих должностей (при помощи импичмента или периодических выборов) и подчинялись решениям тех же самых судов, которые разрешали споры между частными гражданами. Такое устройство действующих норм предполагает хитроумную систему сдержек и противовесов[^] включающую одну категорию должностных лиц (или граждан, участвующих в выборах), которым доверена власть, ограниченная пределами их правоспособности, и другую категорию должностных лиц, которые ответственны перед этой властью, но в рамках, определенных их иммунитетом.

Эти разнообразные механизмы были выработаны методом проб и ошибок, а затем объединены и утверждены Законом о престолонаследии — таким образом, что намерения Великой Хартии, обеспеченные правом развязывания гражданской войны, теперь нашли свое более эффективное воплощение в ограничении деятельности королевских доверенных лиц при употреблении ими коллективной власти. В Америке такое устройство получило дальнейшее развитие, судьи и Верховный суд получили возможность ограничивать права даже законодательной власти, точно так же, как и исполнительных органов, и, кроме того, они могли устанавливать правовые ограничения для своей собственной власти в качестве судей.

Таким образом, следует отметить, что механизм должностной ответственности вводил некий принцип, практически не предусмотренный Великой Хартией, который можно назвать принципом взаимности. Должностные лица при взаимодействии друг с другом обладали взаимными властью, обязательствами, ограничениями в правах и иммунитетами; и, что наиболее важно, воля гражданина могла использовать эти взаимоотношения с тем, чтобы обеспечить для него самого участие в суверенной власти таким образом, что гражданин мог привлекать коллективную власть для поддержки его в том, что он полагал своими правами

и свободами и соотносенными с ними обязанностями и незащищенностью других.

В связи с этим надлежит сказать, что во всех делах Верховного суда, на которых мы строили свой анализ, граждане вели тяжбы не с другими гражданами, но с должностными лицами. Холден судился с шерифом Харди; Мани — со штатом Иллинойс, т.е. со всеми чиновниками штата, имевшими отношение к данному делу. Добившись судебных решений относительно власти, иммунитетов, обязательств и ограничений в правах должностных лиц, Холден, Мани и другие добивались, таким образом, решений относительно своих собственных прав, свобод, обязанностей и незащищенности. Следовательно, делая чиновников и граждан ответственными перед одними и теми же судами и в рамках одной и той же правовой процедуры, граждане сами оказывались причастны к верховной власти через действия других чиновников. Граждане не только обрели негативный иммунитет против действий должностных лиц (как это предусматривалось Ице Великой Хартией), но и получили в свои руки позитивную власть, достаточную для того, чтобы требовать от должностных лиц помощи при осуществлении своей частной воли. Эта помощь необходима гражданам для принуждения к исполнению договоров, подтверждения прав на собственность, выполнения условий завещания и т.д. Ради достижения своих целей, для того, чтобы требовать от официальных лиц исполнения (равно как уклонения и воздержания), граждане должны обладать определенной *позитивной* властью, и эта власть не может быть большей или меньшей, чем соотношенное с ней обязательство должностного лица делать то, что от него требуют. Это обязательство, конституирующее официальную ответственность должностного лица при использовании коллективной власти, едва ли можно сделать неограниченным, и пределом здесь становится иммунитет от взысканий, которым обладают должностные лица, в той точке, где кончается их ответственность. В этом смысле граждане сами становятся — до определенного предела — суверенами и законодателями, и между ними и должностными лицами возникает отношение взаимности, предполагающее отчасти их подчиненное — относительно должностных лиц — положение, а отчасти ответственность должностных лиц перед ними. Эта ситуация, отраженная в Законе о престолонаследии 1700 г., является кульминацией коммерческой революции и началом современного капитализма. Ниже мы представим соотношенность, ограничение и взаимность итоговых сделок, на основании которых граждане могут требовать — в определенных пределах — ответственности от должностных лиц, при том, что их собственное обязательство подчиняться власти правительства существенно ограничено.

Схема XIII
Императивные сделки

Соотнесенные понятия

| Должностное лицо | | Гражданин | |
|--------------------------------------|---|----------------------|----------------------|
| П И Р е д е л ы | В | Власть | Обязательство |
| | И | Ограничение в правах | Иммунитет |
| | М | Иммунитет | Ограничение в правах |
| | О | Обязательство | Власть |
| | | С | С' |
| | | « - " " 1 | * Власть |

Следует отметить влажное различие между этими императивными сделками и упоминавшимися ранее узаконенными сделками. Оно заключается в том факте, что в случае императивных сделок подчиненное лицо не может избирать никаких альтернатив, если вышестоящее лицо вынесло свое решение. Здесь нет возможностей для переговоров между гражданином и официальным лицом, нет власти, чтобы отказать в предоставлении услуг или собственности, а психологическим аспектом сделки является отношение приказания и подчинения (в то время как при узаконенных сделках таким аспектом отношение приказания и подчинения является лишь отчасти, а отчасти речь идет об убеждении или принуждении). Да, конечно, иногда мы слышим о каких-то спорах между вышестоящим и нижестоящим лицом, о неких согласованиях, обращениях или увещеваниях. Все таковое иногда даже может выглядеть как переговоры (особенно, когда идет речь о лоббировании, оказании взаимных услуг, продаже голосов, коррупции среди чиновников), но если решение уполномоченного должностного лица (не важно, относится ли оно к исполнительной, законодательной или судебной власти) однажды вынесено, то подчиненные (или другие должностные лица) должны его безоговорочно исполнять. Для того чтобы исключить возможность переговоров в этих императивных сделках, были разработаны и практикуются хорошо известные механизмы публичных слушаний, уведомлений о слушаниях и других подобных процедур, объединенных под общим названием «должная правовая процедура»²³.

²³ См. главу IX.

Как мы увидим, здесь наблюдается система измерений уровней власти, относящихся к физическим измерениям исполнения, уклонения и воздержания, подобная той, которая имеет место в случае узаконенных сделок. Коллективная физическая власть, которую должностное лицо использует против гражданина, ограничена определенными пределами: во-первых, негативно, т.е. ограничением в правах, или отсутствием официальной власти; во-вторых, позитивно, т.е. ответственностью должностного лица, или его обязательством подвергнуться принуждению в случае, если оно не употребляет власть предприятия для помощи гражданину. Но это обязательство само ограничено иммунитетом должностного лица, поскольку оно не должно отвечать за любое действие, которое может совершить при использовании коллективной власти по собственному усмотрению.

К этой коллективной власти, которая употребляется должностными лицами на благо гражданина, обращаются в двух типичных случаях, и сообразно этим случаям можно говорить о праве на судебную защиту и материальном праве. Кюр⁴дУтвам судебной защиты некое лицо может обращаться в случае *неправомерных* действий другого лица, а к нормам материального пр⁴ва — в случае *правомерных* действий самого этого лица. Эти два типа правомочий неотделимы друг от друга и ограничены, но вопрос о границах их употребления решается соответственно тем, что можно назвать устанавливающими правами (устанавливающими в том смысле, что они являются установленными законодательно или по усмотрению законодателей, должностных лиц и судей пределами употреблению материального права и средств судебной защиты).

5.2. *Право на судебную защиту — противоправные деяния*

Одна сторона имеет задолженность перед другой стороной. Если первая сторона не возвращает долг в назначенное время и в назначенном месте, вторая сторона имеет право незамедлительно обратиться в суд и потребовать от представителей исполнительной и судебной власти принудить первую сторону реально исполнить договор или выплатить возмещение. Или: права и свободы в отношении уклонения, воздержания и исполнения одной стороны нарушаются другой стороной, и первая сторона незамедлительно наделяется, в силу общего правила, приложимого к подобным случаям, правом, в соответствии с которым суды и судебные исполнители производят оценку, взыскивают и передают ей денежное возмещение, полагающееся по закону за ущерб, причиненный противоправным деянием. Противоправное деяние противоположной стороны или даже утверждение (или письменное

показание под присягой) о том, что таковое противоправное деяние имело или будет иметь место, — вот то событие, которое приводит в действие эту возможную утвержденную императивную сделку. Противоправные деяния (или угрозы совершения таковых действий), т.е. действительное или гипотетическое нарушение обязанности, обуславливают (немедленно и автоматически, на основании подразумеваемого обещания высшей власти, содержащегося в действующей норме) возникновение «права на иск»²⁴, процессуального права истца, его права на судебную защиту, в соответствии с которым должностные лица (судьи, присяжные, шерифы, констебли, судебные исполнители, полиция и даже армия) и все инструменты коллективной власти придут к нему на помощь, если это будет необходимо. Конечно, если должностные лица действуют до совершения правонарушения и, таким образом, предотвращают его, права на иск может и не возникнуть.

До самого противоправного деяния или, соответствующей угрозы право на иск существует только как альтернативное ожидание, потенциальное право. Со стороны истца это ожидание является юридической «возможностью», «властью», «правоспособностью», обозначающей обещание государства, выраженное в одной из его действующих норм, что его уполномоченные лица придут на помощь в случае обращения к ним. Что касается противоположной стороны, то это право является юридическим обязательством, ожиданием подчинения коллективной власти, потенциальным принуждением должностными лицами к исполнению обязанности, в случае если истец обратится к ним. Оба ожидания соотнесены и равны. Власть первой стороны, заключающаяся в том, что она может получить помощь от должностных лиц в случае, если ее права нарушены (или им что-то угрожает), есть обязательство для другой подвергнуться воздействию со стороны ответственных должностных лиц, если она нарушает эти права или угрожает им. Юридические права и юридические обязательства суть две противоположные стороны одной и той же сделки по предоставлению судебной защиты. Первое — это потенциальное право, т.е. юридическая способность принуждения к исполнению узаконенной сделки; второе — потенциальное подчинение, т.е. обязательство подвергнуться этому принуждению. Более того, судебная защита — это просто способность одной группы должностных лиц обеспечить предоставление судебной защиты другой группе должностных лиц. Ситуация может быть представлена следующим образом:

²⁴ «Право на судебное преследование» при уголовных делах.

Схема XIV

Право на судебную защиту — противоправные деяния

Должностное Гражданин
лицо

Гражданин Должностное
лицо

| | | | | |
|--------|-------------------|------------------|--------------------------------|------------------------------------|
| Власть | Право (Власть) | B B' S S' | Обязанность (Обязательство) | (Обязательство) Ответственность |
|--------|-------------------|------------------|--------------------------------|------------------------------------|

В случае судебной защиты отношение право-обязательство, имеющее место между должностными лицами, полностью равно и эквивалентно отношению право-обязанность между гражданами, поскольку именно официальное обязательство фдцрго составляет частное обязательство другого подвергнуться фа^одаому принуждению к исполнению своей обязанности. С количественной стороны узаконенная сделка в своих отдельных измерениях не будет большей или меньшей, чем императивные сделки, которые ее санкционируют. И юридическое право одного лица есть не что иное, как его способность навязать это право.

Это тождество права и его судебной защиты хотя обыкновенно и признается, тем не менее несколько затемнено — в приложении к анализу юридических понятий — некоторыми абстракциями, позаимствованными из философии XVIII в., которые сообщают концепциям права и обязанности некую вечную, небесную, предсуществующую «субстанцию», в отрыве от реального поведения земных судов и представителей исполнительной власти, от которых зависят признание и обеспечение прав и обязанностей. В некотором смысле право существует как «факт» даже до того, как применяется оно само или средство его судебной защиты, но если дело обстоит так, то этот «факт» является лишь мыслительным процессом: надеждой, страхом, ожиданием того, что некая действующая норма, поскольку она использовалась в прошлом, будет прилагаться к сходным случаям в будущем. Эта тенденция человеческого разума создавать догмы из надежд, страхов и воспоминаний ведет к появлению абстракций и разделению понятий, которые в реальности тождественны. Так, Хохфельд воздерживается от отождествления права и власти, обязанности и обязательства. Абстракция более очевидна в противопоставлении Кокуреком двух отношений: власть-обязательство и притязание-обязанность. Согласно ему эти два отношения являются противоположностями, поскольку отношение власть-обязательство означает преимущество *одного* лица, которое создает невыгодное по-

ложение для другого лица, в то время как отношение притязание-обязанность подразумевает преимущество, которое *другое* лицо дарует первому. Противоположную направленность этих линий поведения можно увидеть на примере «противоположностей», которые приводит Кокурек²⁵.

Притязание-обязанность: «*Dominus* (лицо, по отношению к которому имеет место обязательство) может обладать “притязанием” (правом) по отношению к *servus* (обязанному лицу), согласно которому *servus* должен исполнить определенное действие (например, оказать услуги в соответствии с договором); здесь невыгодное положение для *servus* есть его “обязанность” произвести действие».

Власть-обязательство: «Когда *dominus* обладает “властью”, он может действовать по отношению к *servus*, используя законодательные ограничения; например, кредитор, которому не вернули долг, может предпринять действия против разорившегося заемщика; заемщик находится в невыгодном положении, заключающемся в обязательстве предстать перед судом».

Очевидно, что эти две ситуации соотносятся с двумя вариантами одной и той же ситуаций. Одна — это внутреннее притязание со стороны *dominus* на *servus* (обязанность со стороны *servus* исполнить определенное действие в пользу *dominus*). Другая — это альтернативное обязательство подвергнуть *servus* принуждению, если *dominus* в качестве своей альтернативы выберет обращение в суд. Отношение «обязательство» обращает внимание на процессуальный аспект «судебной защиты», но отношение право-обязанность обращает внимание на материальную сторону, т.е. внутреннее притязание. Тем не менее они тождественны. Когда нет средств судебной защиты, нет и права. Этическое средство защиты — это драка. Правовая защита — это узаконенное принуждение, которое может сопровождаться судопроизводством или нет. Даже если номинально возможно применение средства правовой защиты, но действие номинально узаконенного права не будет большим или меньшим, чем действие реального средства правовой защиты. Но средство судебной защиты есть не что иное, как действия должностных лиц, которые приводят в движение механизм государства и заставляют одну группу должностных лиц обеспечивать соблюдение другой группой должностных лиц того, что определено как права в данном деле. Если должностные лица коррумпированы, халатны, некомпетентны, необъективны или настроены революционно, то даже и тогда юридическое право полностью эквивалентно тому, что они делают (или тому, что от них ожидается),

²⁵ Kocourek. Op. cit. P. 49. «Притязание» Кокурека эквивалентно «праву» Хохфелда.

и не имеющие иллюзий, искушенные в житейских делах люди ведут себя соответствующим образом, хотя с этической точки зрения они могут осуждать данную ситуацию.

Таким образом, частное право неотделимо от публичного права, которое является процедурой, предназначенной для обеспечения ответственности должностных лиц. Ответственность должностных лиц есть обязательство граждан исполнять свои обязанности по их требованию. Ответственность должностных лиц есть их собственное обязательство подвергаться воздействию через механизмы судебных приказов и директив, импичмента, отстранения от должности, выборов или отозвания избирателями. Общепринятый, хотя и абстрактный, термин для этой процедуры — «Государство». Виндшайд употребляет еще более абстрактный термин — «правовой порядок»²⁶. Поскольку, однако, с поведенческой точки зрения государство и правовой порядок есть не что иное, как чиновники-в-действии, мы говорим о них просто как о должностных лицах. Соотнесенный для власти должностных лиц является обязательство других должностных лиц. Поэтому каждое юридическое право, т.е. любая узаконенная сделка, обладает двумя противоположными сторонами, каждая из которых обременена своей соотнесенной обязанностью.

Юридическое право В есть юридическая обязанность В', S или S', и при этом юридическое право В есть также обязанность должностных лиц обеспечивать исполнение обязанности со стороны В', S или S'. Юридическая обязанность В', S или S', выступающих как *servus*, тождественно их обязательству, заключающемуся в том, что должностное лицо будет исполнять *свою* юридическую обязанность по обеспечению судебной защиты. Точно так же законное право В, выступающего как *dominus*, равно его «власти» привести в действие механизм правосудия и, таким образом, добиться от должностных лиц исполнения ими своих обязанностей. Это правомочие есть его юридическая «возможность», или «правоспособность», но поскольку эта способность есть не что иное, как пределы, в которых он наделен правомочиями причастности к государству, то она может быть обозначена как просто «гражданство». Исторически — это независимость (*freedom*) как отличная от свободы (*liberty*). Свобода — это отсутствие ограничения. Независимость — это причастность к государству²⁷. Тем не менее согласно требованиям общепринятого словоупотребления мы сохраним термин «власть», подразумевая, однако, что его

²⁶ Цит. в: Pound R. Interpretation of Legal History // 26 Int. Jour. Ethics. 1915. P. 107.

²⁷ См. с. 135.

значение тождественно значению терминов «гражданство», «независимость», «юридическая возможность», или «правоспособность».

Таким образом, действующее юридическое право может быть представлено (как оно было представлено на схеме XIV) через соотношенность и эквивалентность права и обязанности с официальной властью и официальной ответственностью. Исполнение и наказание суть альтернативы, предлагаемые одной стороне. Они существуют совместно как обязанность и обязательство: обязанность исполнения и обязательство понести наказание. Те же самые исполнение и наказание являются также альтернативами для другой стороны, но в данном случае они существуют совместно как право на исполнение и возможность налагать наказание. Первое — это узаконенная реальная сделка; второе — это императивная сделка судебной защиты; первое и второе — юридические эквиваленты.

Выше мы представили наши идеи относительно того, в чем заключается специфическое различие между этическими и юридическими правами и обязанностями. Некогда этические и юридические права воспринимались как «содержание», а права на судебную защиту — как «форма», через которую реализуется «содержание». Права понимались как материальное право, средства судебной защиты — как процессуальное. Но современный реализм перевернул это представление о содержании и форме. *Теперь* именно форма воспринимается как реальность, поскольку нам неизвестна никакая другая юридическая реальность, кроме фактического поведения должностных лиц. А то, что некогда было «содержанием», теперь не более чем юридический и моральный *идеал, желание, надежда* на что-то, что *должно* существовать, но может как существовать, так и не существовать. Оно существует в одном смысле — в мысленном взоре. Как абстрактная сущность, существующая бесконечно и неизвестно где, или как незащищенное законом и несоотнесенное этическое право, или как право, которое некогда существовало, право, которое, согласно наивным представлениям, обладает независимым существованием, что предполагает сам термин «материальное право», обозначающий эти иллюзорные сущности. В то время как юристы настаивают на том, что юридические и этические права наличествуют «здесь» как «факты», даже если закон не предусматривает судебной защиты, пронизательный законодатель, лоббист или коррупционер добивается до самой сердцевины права и отсекает судебную защиту. Ибо как действительная, живая реальность право существует только в ожидаемом поведении должностных лиц, и именно там предусмотрительные лоббисты, предприниматели и рабочие обнаруживают его и находят его реальное содержание. Идеализм дает этому пустому ничто место и имя, но здравомыслие задается вопросом: что будут *делать* судья, присяжные и исполнители?

Идеализм сохраняется в различных своих пережитках. Таково, например, общепринятое различие между «совершенным» и «несовершенным» правом (Salmond, p. 197; Terry, p. 140). «Совершенное» право — то, которое может принудительно осуществляться по закону во всех понимаемых им сопутствующих сделках. «Несовершенное» право — то, которое не может принудительно осуществляться при определенных сделках; таково, например, право на компенсацию ущерба, причиненного работником, нарушившим трудовой договор. Тем не менее в соответствии с Тринадцатой поправкой и законом об исключении заработной платы из сферы ответственности это право не может служить основанием для иска и в этом смысле не существует даже на бумаге и не обладает ценностью в реальной практике действующего предприятия. Это незащищенность, а не право. То же самое касается и прав работника, которыми он обладает по отношению к работодателю или корпорации. Если он не может добиться от должностного лица, чтобы оно принудительно осуществило его право, то данное право не существует в этом конечном мире. «Совершенное» право — это идеал юриста, его представление о том, чем должно быть правомочие, но чем оно не является.

Однако эти власть и ответственность должностного лица не являются неограниченными. Хохфельд, как уже отмечено выше, называет противоположностью «власти» «ограниченность в правах», а противоположностью «обязательства» — «иммунитет». Кокурек критикует эти «противоположности» как не более чем отрицания, или как неюридические или квазиюридические отношения. Выше мы объяснили, почему употребление Хохфельдом этой терминологии является оправданным. Если, как и выше, мы заменим термин «противоположности» на «пределы», то к новой ситуации будут приложимы те же самые рассуждения. Иммунитет должностного лица есть *предел* для обязательства должностного лица, и как таковой он соотносен и эквивалентен ограничению в правах других должностных лиц при употреблении власти для обеспечения ответственности этого должностного лица. Данное ограничение в правах должностных лиц является, таким образом, эквивалентом ограничению в правах гражданина, требующего от должностных лиц защиты своих прав, а потому тождественно его незащищенности, которая, как мы видим теперь, есть не что иное, как предел его правовых возможностей, или полномочий, за которым начинается его неправоеспособность, или ограниченность в правах. Она, в свою очередь, полностью равна иммунитету должностного лица, который теперь становится эквивалентом иммунитета граждан, тождественного их свободе, которая опять-таки есть предел для их обязанностей. Соотнесенность, ограничение и эквивалентность этих юридических отношений можно представить следующим образом:

Схема XV

Право на судебную защиту — противоправные деяния

----- Соотнесенные понятия и эквиваленты -----

| П Р е д е л ы | Должностное Гражданин лицо | | Гражданин Должностное лицо | | |
|---------------------------------|-------------------------------|--|-------------------------------|----|---|
| | Власть | Право (Власть) | В В' | | Обязанность (Обязательство) |
| | Ограниченность в правах | Незащищенность (ограниченность в правах) | S | S' | Свобода (Иммунитет) |
| | | | | | Обязательство (Ответствен- ность) |
| | | | | | Иммунитет |

Следует отметить, что эта схема соотнесенных понятий, эквивалентов и ограничений приложима только к *единичному* юридическому отношению в его простейшей форме, в отвлечении от прочих юридических отношений. Например, как говорит доброжелательный критик, «в то время как незащищенность (отсутствие права) гражданина, вероятно, всегда сопровождается ограничением его права обязать должностное лицо действовать, ему не всегда сопутствует ограничение в праве устранить незащищенность. Я предлагаю вам вспахать ваше поле за 100 долл. У вас все еще нет права по отношению ко мне (вы все еще не защищены от невыгодного положения, в котором можете оказаться, если я откажусь от вспашки). И у вас ограничена возможность принудить меня к работе с помощью должностных лиц. Но у вас есть возможность устранить как свою незащищенность (отсутствие права), так и свою ограниченность в процессуальных правах, просто приняв мое предложение». Отметим, что в этом примере мы наблюдаем не одну, а две группы юридических отношений. Первая — это ограничение в правах и незащищенность от ущерба; вторая — это власть, т.е. право устранить незащищенность.

Отметим также, что вышеуказанные эквивалентность права и обязанности с властью и обязательством предполагают социально-экономическую позицию, предполагающую наличие общественной цели, которая оправдывает правила, управляющие официальными и частными сделками. Хохфельд, основываясь на позиции частных целей и задач индивида, исследует, что индивид может ожидать от суда первой инстанции, и не рассматривает экономические или этические следствия закона. Его классификация просто отражает факт социального принуждения индивида; наша классификация включает *цели и задачи* социального принуждения любого или всех индивидов. ⁵

Таким образом, мы проводим различие между конечной целью и двумя уровнями инструментальных целей. Конечная цель — этическая: общественное или всеобщее благосостояние, как оно понимается властями. Первичная инструментальная цель — юридическая; вторичная — экономическая. В смысле юридическом целью является контроль над поведением должностных лиц, которые употребляют коллективную власть посредством физического принуждения. Во вторую очередь, в том, что касается экономики, эта юридическая цель определяется как контроль над количеством, ценностями и ценами на произведенные, продаваемые и потребляемые блага. Таким образом, инструментальные цели цивилизованного человека носят двойственный характер: контроль над принуждением со стороны должностных лиц через институт гражданства и контроль над экономическим поведением других граждан через контроль над властью и выбором возможностей. Конечная цель, неотделимая от этих двух, является этической целью обеспечения производства и распределения всех тех услуг, которые возможны в обществе с ограниченными ресурсами.

5.3. Материальное право — правомерные действия

Вышесказанное относится к «способности» члена предприятия использовать коллективную власть для обеспечения исполнения узаконенной обязанности другой стороны и к его даже более важной «способности» предотвращать употребление этой коллективной власти для обеспечения исполнения его собственной якобы наличествующей обязанности. Однако коллективная власть обладает еще и другим значением. «Право» завещать не влечет за собой соотносительной обязанности того лица, которому завещатель желает передать свою собственность, в связи с чем подача иска против этого лица становится невозможной. Это, однако, не право, но скорее «возможность», поскольку она есть «способность» владельца собственности обеспечить исполнение своей воли будущими должностными лицами государства еще длительное время спустя после того, как он оставит этот мир. Это право в отношении к должностным лицам — очень сложное переплетение разных элементов их власти и ответственности. Но даже пока владелец собственности жив, он не может только своей собственной властью обеспечить законное осуществление своей воли. Господин А продает (или отдает) господину В часы. Это физическое действие. Но А не может передать В власть делать с этими часами все что угодно в ситуации, когда некие другие лица возражают против этого — если только государство не обеспечит В право на осуществление всех узаконенных и авторитарно утвержденных сделок, необходимых для хранения, использования и продажи часов.

А говорит В, чтобы он отправился в Китай и приобрел для него угольную шахту. Это управленческая деятельность. Но В не может приобрести угольную шахту для А, если страна, гражданином которой является А, не заключила соответствующих соглашений с Китаем и другими великими державами, а также не наделила В как уполномоченное лицо и исполнителя воли А всей необходимой властью и не обеспечила подчинение В воле А. Это подразумевает, что все необходимые для этого должностные лица в государстве обременены обязанностью следить за тем, чтобы воля А была исполнена. Это тот самый тип права, который может быть назван материальным правом гражданства. Материальное право и право на судебную защиту не различаются в том, что касается источника власти. И то и другое — одна и та же власть гражданина, благодаря которой он может обязать должностные лица подчиниться его воле. Материальное право создает юридические отношения, право на судебную защиту обеспечивает их принудительное исполнение. По этой причине юристы-теоретики часто не считают нужным разделять их. Тем не менее основные факторы, которые обуславливают их возникновение, различны по времени, характеру и действующим лицам. Материальное право возникает из правомерных действий основной стороны, создающей юридические отношения на будущее. Право на судебную защиту возникает из неправомерного действия противоположной стороны, покушающейся на юридические отношения, созданные в прошлом. В последнем случае государство рассматривает другую сторону как подлежащую принуждению к соблюдению своего обязательства; в первом случае государство уполномочивает основную сторону создавать новые права и налагать новые обязанности в собственных интересах или против собственных интересов и интересов других лиц. Виндшайд различает эти две ситуации, говоря: «Правовой порядок придает уполномоченному лицу контролирующую волю не для принудительного исполнения, но для обеспечения господства правового порядка»²⁸.

Судебная защита, как мы видели, есть «возможность добиваться решения суда в пользу некоего лица, именуемая правом на иск»²⁹. Но материальные права, помимо трех указанных выше, возникающих из волеизъявления, выраженного в завещании, отчуждения имущества и делегирования полномочий, включают бесчисленное число других: например, право распределения наследственного имущества по доверенности, право отказа от иска, право заключения договоров, право выбора,

²⁸ Цит. в: *Pound. Op. cit.* P. 108.

²⁹ *Salmond. Op. cit.* P. 192.

а также право на продажу закладных, право землевладельца на возобновление владения имуществом, право на расторжение договора по причине обмана и т.д.³⁰ Терри описывает эти права на судебную защиту и материальные права как «четвертую разновидность права», «диспозитивные права, или разрешения», которые, однако, как он говорит, не являются «правами», поскольку не имеют соотнесенных с ними соответствующих обязанностей³¹. Салмонд также указывает на то, что они, будучи «закондательно признанными интересами», не являются тем не менее юридическими правами *stricto sensu* (в строгом смысле слова), поскольку они не являются правами в отношении какого-либо лица. Они скорее суть «права», которые он определяет как «возможность, дарованную законом, определять по своей собственной воле, направленной к этой цели, права, обязанности, обязательства и другие правовые отношения, применительно как к себе, так и к другим лицам». «Публичные права» отличаются от «частных прав». «Публичные права» суть права, «которыми наделено лицо, выступающее как агент государства или как инструмент исполнения его функций; они включают разнообразные формы законодательной, судебной и исполнительной ветвей власти. Частные права, с другой стороны, суть те, которыми наделяются частные лица для употребления в своих частных интересах, но не как агенты государства»³². Тем не менее, как мы уже видели, «частные права» благодаря тому, что они обеспечивают ответственность официальных лиц перед частными лицами, являются также и «публичными правами». Эти материальные права являются правами против других лиц, но эти другие лица — лица официальные.

Хохфельд, кроме того, обоснованно критикует употребление термина «право» как «слишком часто и слишком широко используемого», указывая, что подходящим термином является «правоспособность», или «правомочие». И, касаясь термина, соотнесенного с термином «правомочие», он говорит, что, «хотя, несомненно, термин “обязательство” часто используется в широком значении, как синоним “обязанности” или “долга”, он подразумевает скорее состояние подчиненности или ответственности перед более высокой властью, пребывающей в противоположном лице». «Это лицо (или лица), чья контролирующая воля обладает главенствующим положением, может быть описано как обладающее правомочием осуществлять отдельные изменения в правовых отношениях, ко-

³⁰ Salmond. Op. cit. P. 192; Hohfeld. Op. cit. P. 44 ff.

³¹ Terry H.T. Sec. P. 127.

³² Salmond. Op. cit. P. 193, 194.

торые являются частью проблемы»³³. Иначе говоря, такое лицо обладает властью (благодаря соотнесенной с ней официальной ответственности (обязанности), наложенной на агента государства) подчинять волю других людей своей собственной воле.

Термин «подчинение», или «обязательство», необязательно обозначает принудительное подчинение. Иногда это подчинение может достигаться (и достигается) через определенные стимулы. Как говорит Хохфельд, «мы привыкли думать об «обязательстве» как об исключительно *обременительном* отношении одной стороны к другой. Но как технический термин «обязательство» необязательно подразумевает именно это. Например, владелец часов X обладает правом отказаться от своего имущества... но имеется также и соотнесенное с этим правом X обязательство любого другого лица принять данное имущество. Однако это обязательство является не обременительным или нежелательным, а скорее наоборот»³⁴. То же самое относится и к другим случаям подчинения. Если при современном законодательстве получатель наследства подчиняется воле завещателя, то это подчинение не вызывает у него отрицательных эмоций; однако оно могло бы быть и нежелательным, как это случалось ранее, при старом законодательстве и законах о пеонаже, когда закон о наследовании по завещанию подразумевал, что наследники должны вместе с имуществом завещателя наследовать и его долги, даже если последние превышают ценность наследуемых активов. Современное законодательство все больше и больше склоняется к тому, чтобы устанавливать пределы материального права и права на судебную защиту там, где эти права используются для принуждения, стеснения или разорения других лиц, поскольку, в конце концов, именно власть государства используется для удержания их в подчиненном положении.

Ниже представлена обобщенная схема материального права и права на судебную защиту. Материальное право В есть подчинение В', S и S' его воле, поскольку право В создает права для него самого и обязанности для других. Пределы, в которых В может их создавать не больше и не меньше, чем право на судебную защиту, которую он может получить благодаря обязанности должностных лиц в случае неподчинения его приказанием. Этот предел возможности В к принуждению других есть его незащищенность от их свободы, возникающая от ограничения в правах должностных лиц, которые оказывают ему помощь.

³³ Hohfeld. Op. cit. P. 44, 45.

³⁴ Ibid. P. 45п.

Схема XVI

Право на судебную защиту и материальное право

Соотнесенные понятия и эквиваленты

П
р
е
д
е
л
ы

| | | | | |
|---|--|------|-------------------------------------|---|
| Власть | Право (Власть) | | Обязанность (Обязатель- ства) | Обязательство (Ответствен- ность) |
| Право на судеб- ную защиту Материальное право | | B B' | | Право на судеб- ную защиту Материальное право |
| Ограничение в праве на су- дебную защиту и материаль- ном праве | Незащищен- ность (Ограничение в правах) | S S' | Обязательство (Иммунитет) | Иммунитет Право на су- дебную защиту Материальное право |

Выше мы привели мнения Салмонда и других относительно того, что материальное право и право на судебную защиту отличаются от права в строгом смысле слова, поскольку они не обладают соотнесенными с ними обязанностями. Тем не менее, если в соответствии с нашими предположениями рассматривать эти права не с точки зрения практикующего юриста в суде низшей инстанции, а с точки зрения правительства и вопросов публичного права, то, как уже сказано выше, мы увидим, что имеется важная обязанность, соотнесенная с правом, а именно ответственность должностных лиц, к которой они принуждаются механизмами судебных приказов, импичмента и т.д. Определяемое в терминах поведения, право гражданина составить завещание есть его юридическая право приказать должностным лицам исполнить его волю после его смерти; право гражданина на отчуждение имущества есть его право приказать государственным должностным лицам признать и обеспечить для лица, в пользу которого производится отчуждение, все права, свободы и т.д., которыми ранее обладал или распоряжался отчуждатель. То же самое касается прав доверенного лица и всех подобных прав исполнения чьей-либо воли. И эти права распространяются на то же, на что распространяется власть государства по обеспечению обязанностей должностных лиц, заключающихся в принуждении к исполнению воли гражданина. Следовательно, Хохфельд в известных пределах соглашается с этим, когда говорит, что соотнесенным понятием, даже для материального права, является обязательство лица, на благо которого употребляется власть. Однако надлежит отметить, что это обязательство не распространяется дальше, чем соотнесенное обязательство должностного лица.

Теперь мы можем сделать общие выводы относительно экономического и этического значения материального права и права на судебную защиту. Именно они создают историческое различие между «независимостью» и «свободой». Свобода как таковая есть лишь отрицание обязанности, отсутствие ограничения и принуждения. «Независимость» же позитивна. «Независимость города» была не только — в негативном смысле — иммунитетом от контроля со стороны феодальных властителей и подчинения другим гражданам, но также — в позитивном смысле — подразумевала причастность правам, свободам и власти, необходимым для того, чтобы воля одного гражданина исполнялась при его взаимодействии с другими гражданами. Независимость бывшего раба была не только тем бессодержательным иммунитетом от юридического подчинения хозяину, который был обеспечен Тринадцатой поправкой, запретившей рабство, но также и причастностью к гражданству, которое обеспечивалось Четырнадцатой и Пятнадцатой поправками. Именно последнее наделяло его правомочиями продавать и покупать, выражать свою волю в завещании, вступать в юридические отношения, т.е. фактически возможностью создавать для себя своим трудом права на продукты своего труда, защищенные от любых других лиц, а также создавать у других лиц права на эти продукты, просто передавая их им.

Это — исторический смысл «независимости» как отличный от смысла «свободы»; и это различие тождественно различию между материальным правом и правом на судебную защиту. Независимость — это власть. Она принадлежит «независимому», а не просто «освобожденному». Эта власть — власть призывать должностные лица для исполнения своей воли, и ее соотносением является подчинение, или обязательство противоположной стороны, обусловленное директивой закона.

Именно эта двусмысленность «независимости» и «свободы» производит серьезнейшую путаницу в экономике, праве и этике. Начиная с определения свободы как лишь отсутствия ограничения и принуждения, дискуссия, — не обращая внимания на то, что происходит, — сползает к «праву на свободу», а если различие между «свободой» и «независимостью» все-таки проводится, то как-то туманно предполагается, что независимость — эта некая более широкая и благотворная свобода. Однако то, что происходит на самом деле, — это смещение смысла с отсутствия принуждения со стороны частного гражданина к принуждению других к подчинению при помощи более высокой власти. Если рабу дана его «свобода» (как она дана ему Тринадцатой поправкой, подтвердившей освобождение), то эта свобода подразумевает только негативный предел бывшему праву хозяина, поскольку поправка запрещает ему неограниченное пользование услугами раба. Это еще не значит предоставить освобожденному рабу позитивную причастность всем возможным

сделкам, необходимым для осуществления его свободы. Ему могут запрещать переезд в другой штат или район, препятствовать в заключении договоров с другими работодателями, не платить должную заработную плату, усложнять доступ к суду и должной правовой процедуре. Получив свободу, раб не получил свободы выбора, необходимой для завершения его освобождения, равно как не получил и власти государства, которая поддерживала бы его при использовании им свободы. Вместо старого подчинения приказам раб получает безальтернативный выбор, а потому он вынужден вернуться к хозяину, чтобы опять, но уже «добровольно», подчиняться его приказам. Поэтому была необходима Четырнадцатая поправка, которая сделала освобожденного раба гражданином Соединенных Штатов и постановила, что «Ни один штат не должен издавать или применять законы, которые ограничивают привилегии и льготы граждан Соединенных Штатов, равно как ни один штат не может лишить какое-либо лицо жизни, свободы или собственности без должной правовой процедуры либо отказать какому-либо лицу в пределах своей юрисдикции в равной для всех правовой защите закона».

Целью этой поправки было позитивное наделение бывших рабов теми же правами обращаться в суды и к должностным лицам, которыми обладали все прочие граждане. Она добавила независимость к свободе, так как она добавила к ней власть государства, обеспечивающую исполнение воли бывшего раба посредством принудительного подчинения ему всех остальных лиц для исполнения условий всех договоров, которые ему и им было разрешено заключать. Эта его свобода, равно как и свобода других граждан, была, конечно, ограничена, и эти ограничения предполагались для достижения совершенно одинакового, равного для всех подхода, на основании которого никто не мог быть лишен не только свободы через принуждение без соответствующего согласия, но и независимости через принуждение к согласию, возможное в силу отсутствия власти, необходимой для исполнения воли при помощи физической власти национального государства. То же самое относится и к другим сферам коллективной власти. Когда капиталист говорит о «свободе» и «независимости», его независимость есть всего лишь его причастность к коллективной власти национального государства, а свобода — всего лишь отсутствие обязанности, защита от вмешательства, когда он использует эту коллективную власть по своему усмотрению.

На этих основаниях мы отличаем юридическую власть от физической, экономической и моральной власти индивида. Последние, как мы уже видели, суть разнообразные аспекты власти одного индивида над другими. Но юридическая власть есть независимость, это — власть обращаться к государству для узаконивания, навязывания и санкционирования использования индивидом физической, экономической или моральной

власти. Независимость — это власть государства в руках индивидов; экономическая, физическая и моральная власть — это их собственная власть, осуществляемая ими самими. Они совпадают, поскольку индивидуальная власть осуществляется через исполнение, уклонение и воздержание, которые конституируют физическое измерение сделки, в то время как независимость, или юридическая власть, в ее измерениях власти, ограничения в правах, обязательства и иммунитета, есть помощь, безразличие или сопротивление государства в подчинении других к исполнению, уклонению или воздержанию за пределами той власти, которой обладает индивид.

Юридическое право, т.е. независимость, является материальным правом (хотя она и неотделима от права на судебную защиту), поскольку оно есть сама субстанция, от которой зависит полное членство в предприятии, или гражданство. Она обозначает те пределы, в которых коллективная власть выслушивает, узаконивает и исполняет как волю индивида, так и коллективную волю нижестоящих предприятий. В тех пределах, в которых индивид наделен верховной властью государства, он совершает путь от наготы раба, ребенка, женщины, чужака до вооруженности гражданина, а его действующее предприятие совершает путь от тайного замысла до корпорации. Именно материальному праву и праву на судебную защиту современный капитализм обязан размахом своей экспансии, так как именно они позволяют предпринимателю, который является гражданином великого и жизнеспособного национального государства, расширять свое влияние от Арктики до Антарктики, с Запада на Восток; именно они позволяют ему выстраивать кредитную систему, создавая обязательства, которые связывают его, его наследников и должников на грядущие годы и десятилетия; именно они наделяют его могуществом превращать свое действующее предприятие в бессмертную корпорацию³⁵.

³⁵ Замечание Паунда по поводу того, что общее право является таким правом, базовым понятием которого является понятие «отношений» между сторонами, а не «воли», или «договоров», или «сделок», не касается понятий воли и сделки, которые мы представили здесь. Критикуемое им понятие воли есть то, которое мы определили как «свободную волю», отличив ее от «свободы выбора». Его понятие сделки есть понятие «юридической сделки», а именно «договора», в то время как мы говорим здесь об «экономической сделке». Наконец, его понятие «отношения» по сути тождественно нашему понятию «сделки». Сделка есть активное отношение между сторонами, обладающее как экономическим измерением возможности и власти, так и юридическим измерением взаимных прав, обязанностей и т.д., которые возникают на основании действующей нормы, к которой относится сделка. Для наших целей термин «сделка» предпочтительнее термина «отношение», поскольку сделки суть конкретные активные действия

5.4. Право определять пределы и.

Вероятность. До сих пор мы рассматривали только то, что может быть определено как рациональные, или логические, отношения, существующие между юридическими и экономическими идеями, но не поведение, к которому прилагаются эти рациональные рассуждения. Рациональные отношения суть просто абстрактные понятия, лишенные всякого содержания и соотносимые друг с другом математически таким образом, чтобы они были истинными независимо от того, к чему прилагаются. Наша рациональная схема может быть истинной независимо от того, будем ли мы прилагать ее к банде дикарей, Советскому Союзу, Англии, Германии или Соединенным Штатам. Она — просто схема, состоящая из слов и определений, набор символов, или «универсалий», связанных между собой логически; но тем не менее, как мы надеемся, она может служить неким мысленным компасом, при помощи которого мы сможем осуществлять навигацию в потоке реального поведения в реальном мире. Теперь нам следует установить различия, необходимые для того, чтобы можно было говорить отдельно о дикарях, советских или американских судьях, исполнительной власти, предпринимателях и рабочих. Мы сконструировали компас потому, что желаем знать, куда мы направляемся и что нам следует делать. Но компас — это всего лишь иллюзия, если мы не знаем, как ведут себя звезды, ветер, море и смотрители маяков.

Одной из обязанностей полицейского является задержание лица, которое находится в общественном месте в состоянии алкогольного опьянения. Для этого он наделен потенциальной властью государства. Употребление им этой власти ограничено тем пределом, за которым начинается его неправоеспособность, и там предполагаемый пьяный обладает законным иммунитетом. Кроме того, полицейский должен нести ответственность за халатное исполнение своих обязанностей или за превышение власти в последующих сделках со своим начальством или судом. Но это его обязательство также ограничено тем пределом, за которым он может предполагать свой иммунитет; в границах этого иммунитета пьяный по закону несет ответственность за свое состояние. Все это — упомянутые выше абстрактные отношения, которые

«воли», которые рассматриваются в суде и к которым суд прилагает правила, касающиеся юридических отношений, которые считаются применимыми в данном случае. Наше понятие воли как того, что воля *делает* (в большей степени, чем того, что *есть* воля), комбинирует в одном поведенческом понятии юридические, волюнтаристические, экономические и социальные понятия, которые Паунд в своей истории юридических толкований неизбежно подразделяет на четыре понятия: «воли», «договора», «юридических» и «экономических» отношений. Pound R. Interpretation of Legal History. 1923. P. 57.

оказывают полицейского и пьяного, когда они сталкиваются друг с другом. Однако действительные отношения между ними, которые определяют реальное количество иммунитета, обязательства или свободы, зависят от того, что сделано; а то, что сделано, определяется выбором альтернатив, который мы назовем «решением». Сначала полицейский решает, действительно ли пьян предполагаемый пьяный. Таким образом, решение о том, пьян он или нет, выносится на основании определения, фактов, убеждений, желаний и ценностей. Один полицейский не будет считать некое лицо пьяным, если оно не находится в беспомощном состоянии или не ведет себя агрессивно. Другой усмотрит опьянение в нетвердой походке. Один может придавать наибольшее значение свободе, другой — обязанности, третий — добродетели, четвертый — удовольствию. В границах иммунитета полицейского (т.е. в границах, в которых начальство не будет выносить ему предупреждение, подвергать дисциплинарному взысканию или увольнять, а суд или присяжные не будут заменять или отстранять от работы) располагается сфера его собственного усмотрения, где его определения и суждения устанавливают факты и дают им оценку. В пределах этой сферы воля полицейского есть воля государства. Он есть государство-в-действии. Он *есть* государство. Государство — это то, что делают должностные лица. И то, что они делают, они делают с целью соразмерения поведения граждан, побуждая их двигаться в том направлении, которое они считают важным, и удерживая от движения в том направлении, которое они порицают.

То же касается других должностных лиц. Законодатели вводят налог на собственность. Они учреждают общее правило в пределах своего иммунитета, установленного для них судом. Однако оценку собственности производит чиновник налоговой службы. Между максимальными и минимальными пределами его решения, за которыми чиновник может быть отстранен или отозван, его оценка придает вес фактам, а его воля определяет направление, в котором налогоплательщики могут получить или потерять деньги. Или общественный комитет устанавливает цены для принудительного приобретения собственности или для регулирования тарифов и услуг. Или другой комитет устанавливает размер минимальной заработной платы, которую должны платить работодатели, или же максимальную цену, которую платят потребители за определенную продукцию. Или суд и присяжные определяют размеры возмещения, которое выплачивается одним гражданином за посягательство на права другого. Или суд права справедливости создает ценную собственность, заключающуюся в гудвилле клиентов, посредством

наложения запрета на определенные действия предполагаемого конкурента. Каждое из этих официальных действий определяет направление возможностей и стимулов для граждан. Над всем этим главенствует Верховный суд, обладающий иммунитетом в определении своего собственного иммунитета, в границах которого он ведет процесс, принимая во внимание все свои определения, чувства, суждения и оценивая факты, а затем выносит решение о пределах, за которые не могут выходить законодатели, исполнительные органы, суды низшей инстанции и он сам при соразмерении стимулов, которые направляют поведение граждан. Во всех отношениях именно чиновники-в-действии создают государство-в-действии, и правовые отношения, которые мы обсуждали, суть формальные выражения идеалов, желаний и надежд, которые могут быть как реализованы, так и не реализованы, когда должностные лица приступают к действиям.

Эти сферы усмотрения, с их возможным пересечением волей, фактически определяют пределы материальных прав и прав на судебную защиту, или, вернее, эти права являются правами, определяющими человеческую волю в ее коллективной деятельности. Они законодательные по своему характеру, но осуществляются также и судами, исполнительными органами и управленцами из числа должностных лиц, поскольку они принимают решения, избирая альтернативы, и их значение заключается в том, что они определяют, как далеко может зайти применение физической власти государства. В этом аспекте они должны иметь дело, как мы уже отметили, с двумя категориями отношений: между частными гражданами и между частными гражданами и государством. Они эквивалентны, поскольку, когда отношения между гражданами и должностными лицами определены, они определяют также и отношения между самими гражданами. Эти права определять границы — не только право взимания налогов и суверенное право государства на принудительное отчуждение частной собственности, но также и право регулировать, определяющее пределы собственности и свободы, включая установление границ юридического определения договоров и их защиты, а также определения надлежаще сделанного предложения исполнения, при помощи которых индивиды могут освободить себя от обязательств.

Именно это право на определение власти индивидуальных волей в границах, определенных другими волями, когда они представлены исчерпывающим образом, дают полную схему соотнесенных юридических понятий, эквивалентов, пределов и взаимностей, сопровождающих каждую сделку. Вот эта схема:

Схема XVII

Соотнесенные понятия, эквиваленты, пределы, взаимности

П
р
е
д
е
л
ы

В
з
а
и
м
н
о
с
т
и

| Соотнесенные понятия и эквиваленты | | | | |
|------------------------------------|---------------------|-----------------------------|----------------------------------|------------------------------|
| Должност- Гражданин ное лицо | | | • Гражданин Должност- ноелицо | |
| Власть | Право | В В В' Л а с Т ь s S' | Обязан- ность | Обязатель- ство |
| Ограни- чение в правах | Незащи- щенность | | Свобода | Иммунитет |
| Иммунитет | Свобода | | Незащи- щенность | Ограни- чение в правах |
| Обязатель- ство | Обязан- ность | | Право | Власть |

Логическая схема такого типа может рассматриваться как компас или метод анализа и противопоставления, но сама по себе она не только открыта критике судьи Холмса, как «иллюзия определенности», но и более того: эта самая иллюзия порождает метафизические «сущности» и «субстанции», понимаемые как существующие отдельно и независимо от поведения должностных лиц и граждан. Таким образом, «государство», как уже отмечалось выше, нередко воспринимается как неопределенная сущность, действующая в качестве «начальника», а должностные лица — как его «агенты», которые могут как исполнять, так и не исполнять «волю государства». Однако государство — в отвлечении от иллюзий, с практической точки зрения политика, юриста, предпринимателя или рабочего, — есть не что иное, как чиновники-в-действии. Вместо того чтобы судиться с «государством», Холден судился с Харди, шерифом. Мани номинально судился со штатом Иллинойс, но реально — с его чиновниками. Гражданин может вообще не принимать во внимание «государство» — для него важно знать, что будут делать шериф или суд.

Указанные иллюзии естественным образом возникают из страхов и надежд человечества, которые замещают поведение желаниями. Мы воспринимаем желаемое как действительность, как реальную вещь.

Таким образом, права и обязанности, так же, как и государство, создают иллюзию действительности, существующей отдельно от поведения должностных лиц.

Эта иллюзия скрывается в двойном или даже тройном значении слов. Слово «правильное» (right) обладает одним значением, когда противопоставляется «неправильному», и другим, когда противопоставляется «обязанности», причем в последнем случае речь идет как об этическом, так и о юридическом значении. Тем не менее эти несколько значений смешиваются. Правильное и неправильное, право (right) и обязанность — это категории, относящиеся к мнению, и их содержание различно для различных лиц, возрастов и цивилизаций. Право и обязанность — не что иное, как утверждение одним лицом своих желаний против другого лица, направляемое мнением о правильном и неправильном. Правильное и неправильное — противоположные качества; право и обязанность — противоположные лица; и то и другое — скорее идеалы, нежели реальность, скорее компас, нежели океан. Реальность — это вероятное человеческое поведение; идеал — это желаемое поведение человека.

Теперь различие между этическими правами и обязанностями и юридическими правами и обязанностями является различием между двумя классами вероятности, относящейся к человеческому поведению. Юридические права и обязанности есть не что иное, как вероятность того, что должностное лицо будет действовать определенным образом в отношении претензий, предъявляемых гражданами друг к другу. Статутное право запрещает производство и продажу опьяняющих жидкостей. Общее право принуждает к исполнению обязательств по договорам. В этом заключается закон. Он кажется некоей сущностью, которая существует отдельно от поведения судов, судей и шерифов. Но закон скорее есть компас, указывающий на идеал, пребывающий в окружении неопределенных вероятностей. Это — этический идеал, созданный и утвержденный большинством, сконструированный в соответствии с определенными нормами конституционного права или постепенным развитием общего права, и это — вероятность того, что должностные лица будут или не будут действовать, сообразуясь с этим идеалом.

Но существует также этический идеал, который не имеет непосредственного отношения к государству, и этическая вероятность. В большинстве сделок современного общества, касающихся права на собственность, свободу, внутренней политики государства и т.д., едва ли хотя бы одна из миллиарда сделок рассматривается судом или попадает в руки должностных лиц. Эти этические сделки, тем не менее, в той или иной степени направляются вероятностями поведения должностных лиц, но подавляющая их часть направляется этическими идеалами, которые находятся на уровне, значительно превышающем минимум юридических

вероятностей, который связан с действиями должностных лиц. Подавляющая часть сделок являются этическими в том смысле, что они совершаются на уровне, который не узаконен и не установлен авторитарно, на уровне, превышающем тот, на котором можно обращаться к юридической власти, использующей насилие. И значительное различие между законами обуславливается сравнительным преобладанием этических или юридических вероятностей: очень низкая юридическая активность имеет место там, где этические вероятности высоки; и наоборот, требуется значительная юридическая активность там, где этические вероятности низки сравнительно с наличным сводом законов.

Однако тот факт, что юридические и этические вероятности исторически возникали и развивались совместно, наложил отпечаток на фундаментальные допущения, лежащие в основе идей Кокурека и других о том, что, например, свобода является «неюридическим» понятием. Если мы начинаем с предложенного Гербертом Спенсером исторического или этического понятия индивида как свободного человека, существующего раньше и до всякого закона, то тогда свобода человека постепенно отнимается у него общим правом, правом справедливости и статутным правом. Но если мы начнем с понятия индивида как объекта завоевания, рабства, крепостной зависимости, то тогда свобода постепенно отнималась у хозяев, и ею наделялись подчиненные им люди. Именно в этом направлении развивался исторический процесс со времен Вильгельма Завоевателя, и, следовательно, вместо того, чтобы говорить о том, что свобода не является юридическим понятием, нам следует сказать, что правовые отношения суть вероятности поведения должностных лиц при соразмерном распределении принудительной власти, обязательств, ограничений в правах и иммунитетов общества в соответствии с минимальными этическими идеалами, характерными для данного времени. В то время как логическая схема соотнесенности абстрагирует правовые отношения от их экономического и этического содержания, поведенческая схема соотнобразится с историческим развитием права, следуя точно так же экономическим условиям и этическим идеалам, которые порождаются этими условиями. Таким образом, вместо того чтобы быть лишь набором логических или силлогистических выводов из заранее принятых посылок (о чем могло бы свидетельствовать наше абстрактное рассуждение в предшествующих разделах), право, этика и экономика суть различные аспекты одной и той же науки о вероятностях человеческого поведения. Право — это наука о вероятностях официальных сделок при употреблении узаконенного физического принуждения; этика — это наука о вероятностях как официальных, так и частных сделок; экономика — это наука о вероятностях официальных и частных сделок при использовании человеческих и природных ресурсов для этических, экономических и общественных нужд.

Цель. Таким образом, координация сфер права, этики и экономики не может быть осуществлена без введения понятия цели человека. Вероятность неотделима от цели, или, вернее, цель есть выбор вероятностей. В этом заключается различие между «бихевиоризмом» и «волюнтативизмом». Бихевиористское определение терминов — это *классификация* вероятностей. Волюнтативистское определение — это *выбор* вероятностей. Поэтому цель в определении — это существенная часть определения. Если понятие цели не принимается во внимание, социолог «сползает» в физику или метафизику. Термин «свобода», например, как мы уже указывали, трактуется как «неюридическое понятие». Право, как утверждают, имеет дело только с «ограничениями», а свобода противоположна ограничению, поскольку свобода воспринимается как негативное отсутствие обязанности, которая есть ничто или что угодно.

Таким образом, «свобода» трактуется как неюридическое понятие потому, что из закона устраняется его *цель*. Однако ясно, что голое ограничение, именуемое «обязанностью», едва ли может приниматься человеческой волей, если не указана цель наложения этой обязанности. Но если на некие лица налагается обязанность уклонения, то это делается ради создания свободы для других лиц. Экономическая свобода, которая есть не что иное, как выбор возможностей, направляемый вероятностями, является также этическим и юридическим отношением, поскольку она существует только через поведение должностных лиц, предназначенное для разрешения и узаконивания этой свободы.

Таким образом, определение воли-в-действии есть описание цели-в-действии. Оно требует указания специфической характеристики воли, которая отличает ее от других сил, существующих в природе. Воля — это единственная сила, которая способна выбирать между альтернативными уровнями власти и устанавливать предел употреблению собственной власти. Другие силы делают все, что им позволяют сделать обстоятельства, и это значит, что они идут по линии наименьшего сопротивления. Однако воля, руководствуясь целью, избирает линию большего (или даже наибольшего) сопротивления, когда она полагает предел власти, которую употребляет для преодоления сопротивления.

«Что касается природы воли и осуществляемого ею контроля, — говорит Салмонд, — то рассуждать о ней — дело не правоведов, но психологов, не юриспруденции, но психологии»³⁶. Однако «природа воли» является проблемой экономистов и Верховного суда, насколько она затрагивает конституционное право. Суды низшей инстанции, которыми, собственно, и занимался Салмонд, могут рассматривать волю как данность, поскольку им уже предъявлены свидетельства о частном акте

³⁶ *Salmond. Op. cit.* P. 323.

воли, который они могут определять «позитивно» или «негативно», т.е. либо как совершение рассматриваемого судом действия, либо как его несовершенство. Но с точки зрения самой «природы воли», не существует такой вещи, как «несовершенство действия». Несовершенство действия — это не-действие. Но воля не может избегать действия. Она должна действовать. И именно этот факт, относящийся к природе воли, привел судью Филда в делах о скотобойнях, а также всех судей в деле Олгейера к пониманию того, что необходимо изменить определение «свободы» с отсутствия физического принуждения на отсутствие экономического принуждения. Как сказал судья Филд, «труд некоего лица носит принудительный характер, если ему позволено заниматься только одним родом деятельности или профессией и только в одном районе страны»³⁷. Таким образом, «принудительный труд» был определен как экономическое принуждение, а «рабство» — как принуждение физическое. Изменение судом этого определения было расширением цели закона: ранее он предотвращал физическое принуждение, теперь стал предотвращать также и экономическое принуждение — для того, чтобы граждане могли действовать в соответствии с тем, что они считают «природой воли».

Но воля не только действует, когда уклоняется; действуя, она также делает выбор между употреблением большего или меньшего уровня власти. И хотя термин «воздержание», как мы уже указывали, обычно прилагается к бездействию, которое носит «намеренный» характер (как отличный от ненамеренного), уровень, на котором происходит действие, также может избираться намеренно. Здесь термин «воздержание» обозначает пределы, которые, действуя, воля полагает своими уровнями власти, и именно это измерение «природы воли» обусловило результаты дел Манна и Холдена, а также привело суд к решению вменить воздержание в обязанность капиталистам ради блага фермеров и рабочих.

Экономические оценки основываются на ограниченности ресурсов и перенаселении, и именно это отношение между населением и ресурсами обуславливает также и этические оценки и ограничения, создающие этические идеалы обязанностей и свобод, исполнения, уклонения и воздержания. Каждая сделка является экономической, поскольку любой индивид стремится использовать наилучшим образом в своих целях собственные ограниченные ресурсы и способности; и каждая сделка является этической, поскольку его ресурсы заключаются в возможности и власти, которые составляют частную собственность других. Эти ресурсы, которые контролируются другими только благодаря сделкам с ними, могут быть освоены на благо индивида и некоторых других людей, которым он симпатизирует, причем задействованные при этом стимулы (и противодействие их применению) включают убеждение, принуждение, обман или насилие.

³⁷ См. главу II, с. 22.

Взаимность. Именно понятие цели вводит в сделки понятие взаимности. Противоположные стороны наделены сходными наборами прав, незащищенностей, обязанностей и свобод. С точки зрения практикующего юриста в суде первой инстанции эта взаимодополняющая схема приобретает механистический характер «взаимности», например, когда Кокурек противопоставляет «право» (как преимущество, полученное одним лицом в применении закона против другого лица) и «взаимную с ней привилегию» (как неспособность другого применить этот же закон против самого себя)³⁸. Но с точки зрения цели вопрос носит волюнтаристический характер: почему закон предоставляет взаимные преимущества и затруднения для противоположных лиц?

Это понятие взаимности не принималось Хохфельдом во внимание, поскольку он не выстраивал общую схему права, а рассматривал только то, что индивид может ожидать от суда первой инстанции при действующем законодательстве. Но верховные суды, касаясь проблемы должной правовой процедуры, задаются вопросом: почему суды первой инстанции поступают именно так? Вопрос, конечно, имеет законодательный характер и относится к сфере публичной политики; при этом он обычно маскируется интеллектуальным процессом изменения смыслов слов, употребляющихся в Конституции. Мы уже наблюдали изменения, произведенные в значениях терминов «собственность» и «свобода», а также последующие изменения в публичной политике. Другой конституционный термин, «равенство», куда глубже внедрен в основы общего права, а потому его изменение происходило более медленно.

Современные экономическая и правовая теории основаны на доктринах равенства и свободы. Однако термин «равенство» постепенно принимал значение «взаимности». Если все индивиды полностью равны в отношении физической и экономической власти, а также власти убеждения, то нет никаких разумных оснований для установления пределов их свободам, так как никто не может причинить кому-либо вред или ввести кого-либо в заблуждение. Но поскольку реальным фактом является вопиющее неравенство, свободе наиболее могущественных сторон полагают определенные пределы, именуемые «обязанностями», для того чтобы сохранить разумный уровень равенства. Эти обязанности создают соотношенные с ними права в пользу менее могущественных, которые эквивалентны снижению незащищенности более слабых сторон посредством уменьшения свободы более сильных. И наоборот: уменьшение обязанностей слабых сторон повышает их свободу и снижает права и увеличивает незащищенность сильных сторон. Сообразно уровню этих ограничений создаются взаимные незащищенность одной стороны и свобода другой, а также взаимность прав и обязанностей.

³⁸ Kocourek. Op. cit. P. 49-56; см. выше, с. 126.

Мы видели этот процесс применительно к Тринадцатой и Четырнадцатой поправкам в делах Манна и Холдена-Харди. Буквальное толкование доктрины равенства могло бы привести к признанию неконституционными данных законов и даже самих поправок, поскольку они лишали стороны равной свободы. И, надо сказать, такое толкование было нередким явлением, однако классификация сторон сообразно различиям в их экономической силе изменила значение термина «свобода», приобретшего теперь смысл неравной свободы, т.е. взаимности. Равенство в отношении сохранилось, но это было равенство между теми, кто обладает одинаковой экономической властью, принадлежа к одному и тому же классу, а не равной свободой тех, кто обладает неравной властью, принадлежа к противоположным классам.

Обоснованность этого изменения от равенства к взаимности зависит от целей, которые, как предполагается, преследует данный конкретный закон. К физической власти национального государства обращаются для того, чтобы ограничить власть одного класса и, таким образом, расширить экономическую власть противоположного класса в сделках определенного вида. Но это можно осуществить только одним способом: путем надделения частных целей более слабого класса общественными предпочтениями над частными целями более сильного класса: частные цели более слабого класса становятся в этих пределах общественными целями.

Сколь значительными могут быть эти предпочтения — вопрос не равенства или логики, но мнения и оценки. По некоторым причинам более слабый класс в определенных ситуациях или при определенном типе сделок оценивается выше, чем более сильный класс. Те, кто применяет право государства определять пределы, делают выбор между классами людей и решают использовать верховную власть на благо одного класса, налагая ответственность на другие классы или ограничивая их в правах. Таким образом, взаимность есть официальная оценка пороков и добродетелей человеческих существ.

Эта точка, где ценность человека начинает учитываться в решениях судов, затемнена не только этим размытым значением термина «равенство», но также размытостью значения термина «соотнесенность». Противоположность «соотнесенности» — «отсутствие соотнесенности», иногда отсылает к отсутствию взаимности, иногда — к отсутствию соотнесенности между правом и соответствующей обязанностью, иногда — к отсутствию совместимости. Как демонстрирует схема XVII, это три совершенно разных отношения. Взаимная обязанность отличается от соотнесенной (соответствующей) обязанности тем, что первая — это *отнимающая обязанность*, отнимающая нечто от свободы того или иного лица, а вторая — *поддерживающая обязанность*, налагаемая на противоположную сторону. Соотнесенная обязанность поддерживает, даже со-

здает право некоего лица, а взаимная обязанность отнимает нечто от его права. Между правами и обязанностями одного лица нет равенства, но равенство, т.е. соответствие, имеется между правами одного лица и обязанностями других.

То же самое касается свободы и незащищенности. Незащищенности одного лица в точности равны соотнесенным с ними свободам других лиц, но его незащищенность соответствует его собственной свободе и всегда не равна, поскольку никакое лицо не равно полностью другому лицу, свободе которого оно открыто.

Теперь: если термин «соотнесенность прав и свобод» подразумевает «соответствие прав и свобод», то он лишен смысла при вынесении решения относительно равенства. Узаконенное право не может быть определено без того, чтобы не попасть в порочный круг определения соотнесенной (соответствующей) и в точности эквивалентной обязанности других. Одно — это то, что относится ко «мне», другое — это то, что относится к «тебе», одно — это выгодная, другое — это обременительная сторона одной и той же сделки.

Но в то же самое время право не может существовать без некоего «вычета», большего или меньшего, из-за взаимной обязанности, связанной с ним и сокращающей возможные выгоды от него. Правовая максима «*sic utere tuo ut alienum non laedas*» (пользуйся своим так, чтобы не повредить чужое) указывает на эту взаимную обязанность, вычитающую нечто из области права. Действительно, сколь бы бесполезной ни была эта максима в качестве меры величины этого «вычета»³⁹, она указывает на то, что он, пусть даже и минимальный, необходимо должен сопровождать любое право — для того, чтобы право или свобода некоего лица не употреблялись таким образом, чтобы при этом нарушались права и свободы других. Причина, по которой эта максима бесполезна при принятии решений, почему она уводит в сторону от сути вопроса, заключается в том, что она обладает двойственным смыслом, подразумевая как соотнесенность (соответствие), так и взаимность. Если речь идет о соотнесенности, то она бесполезна, потому что, как демонстрирует схема XVII, взаимная обязанность одного всегда полностью равна взаимному праву другого (не важно, насколько она мала или велика) наподобие двух сторон одной монеты. А если речь идет о взаимности, то эта максима уводит от сути дела, так как в этом случае требуется выбор между уровнями взаимности — как бы между двумя разными монетами, одну из которых можно сделать больше или меньше другой в любой необходимой пропорции. Соотнесенные право и обязанность всегда тождественны и равны. Одно — это светлая, а другое — темная сторона одной и той

³⁹ *Bouvier. Op. cit.* 2163, а также цитированные дела.

же сделки. Взаимные право и обязанность никогда не тождественны и не равны, поскольку одно отнимает нечто от другого. Соотнесенная в смысле «соответствия» обязанность никак не может быть сделана количественно отличной от права, с которым она соотносится. Право всегда равно обязанности, вне зависимости от того, насколько принудительной может быть сделка. Говорить о равенстве в данном случае бессмысленно. Но вопрос о том, достигает ли взаимная обязанность — в количественном отношении — права, с которым она связана, всегда является вопросом о том, какой уровень власти может быть разрешен (или поддержан) для обеих сторон в свете той человеческой ценности, которая приписывается каждой из них. Это — вопрос веры, чувств, эмоций, ценностей, т.е. мнений, а мнения различаются.

Третье значение «соотнесенности» — это логическая совместимость, или механическая согласованность, существующая между несколькими частями законодательного акта или вынесенного судом вердикта. Здесь термин «соотнесенность» обозначает практически математический процесс рассуждения, чистого настолько, насколько это возможно для человеческого разума, без всякой примеси оценок, чувств, мнений или взвешивания конфликтующих интересов. Это — суждение о механическом совершенстве, о возможности совместного функционирования различных частей, когда они объединяются в механизм для достижения желаемой и ценимой цели. Профессор Фройнд, который больше других правоведов исследовал вопрос об отличии «взаимности» от «равенства» применительно к современной производственной проблематике, использовал термин «соотнесенность» в смысле как «взаимности», так и «совместимости»⁴⁰. Тем не менее эти смыслы различны. Совместимость — это логика, взаимность — чувство или мнение.

Это тройственное различие обретает особое значение в связи с тремя разными смыслами термина «отсутствие соотнесенности». В смысле «соответствия» отсутствия соотнесенности быть не может. Ни в какой узаконенной сделке соотнесенность не может быть нарушена, хотя она может быть нарушена (и нарушается) в том, что мы определили как этические сделки. Действительно, к узаконенным сделкам прибегают ради очевидной цели соотнесения правил и обязанностей, там, где будет иметь место отсутствие соотнесенности, если таковое оставить частному мнению. С другой стороны, соотнесенность в смысле «взаимности» есть вопрос *уровня*; и она может быть изменена для того, чтобы соответствовать мнению касательно того, что является «разумным», «честным» или «справедливым» в отношениях между сторонами в данных обстоятельствах. Но в смысле «совместимости» соотнесенность есть вопрос логики, разума, математики, механического совершенства или несовершенства.

⁴⁰ Freund E. Standards of American Legislation. 1917. P. 225.

Нарушение принципов соотнесенности в смысле соответствия невозможно; нарушение их в смысле взаимности есть несправедливость; в смысле совместимости — алогизм. Устранение отсутствия соотнесенности в смысле соответствия бессмысленно; в смысле взаимности оно подразумевает утверждение того, что воспринимается как более обоснованный уровень взаимных выгод и обременений; в смысле совместимости оно подразумевает перегруппировку частей в более логичную и лучше функционирующую систему. Средство от первого «отсутствия соотнесенности» тавтологично; от второго — это изменение чувств или оценок; от третьего — более ясное мышление.

Как мы предположили, отождествив понятие совместимости с понятием взаимности, именно юридическое рассуждение замещает логический вывод чувством ценности и, таким образом, создает «иллюзию достоверности, которая делает юридическое рассуждение подобным математике». *Оценивание* интересов заключается во взвешивании их сравнительной важности. Это — вопрос сравнительных человеческих ценностей в рамках общности интересов, где должны распределяться выгоды и обременения, связанные с ограниченными ресурсами; но они не могут быть распределены при помощи правил логики — они распределяются в соответствии с мнением о ценности, т.е. сравнительной важности, или взаимности.

Таким образом, каждая узаконенная сделка сопровождается двумя парами соотнесенных, демонстрирующих узаконенную соотнесенность двух этических оценок противоположных сторон, и они возникают из подлежащего им понятия взаимности, которая есть не что иное, как система ограниченных (или, по Остину, «относительных») прав и обязанностей. Эти две пары соотнесенных понятий, право-обязанность и свобода-незащищенность, поддерживаются своими эквивалентами — властью-обязательством и иммунитетом-ограниченностью в правах. Каждое лицо, являющееся стороной сделки, приобретает полномочия, получает разрешение и ограничивается в той мере, которую для него как для стороны сделки допускают эти соотнесенные понятия.

Действительно, некая сделка в процессе ее реализации включает в себя возможность нескольких действий каждой из сторон, и взаимные обязательства и их пределы, относящиеся к каждой стороне, по-разному приспособляются к этим возможным действиям. Максимальная возможность некоего лица осуществить свою волю — это область, покрываемая его правами, поскольку здесь на противоположные стороны возлагаются обязанности исполнения, уклонения и воздержания, а высшая власть приходит на помощь этому лицу, так что оно не полагается только на свои собственные усилия.

Эта помощь, однако, ограничена, и вне данных границ лицо открыто свободе противоположных сторон. Здесь противоположные стороны могут избирать исполнение, уклонение и воздержание, не совершая неправомерных поступков. Высшая власть просто делает вид, что это ее не касается.

Эта незащищенность лица отлична от его собственной свободы. Первое может быть увеличено без увеличения второго, в зависимости от уровня взаимности, который выносящая решение власть считает подобающим, и от сравнительных физических и экономических неравенств, а также неравенств в стимулах. Действительно, свобода подразумевает действие, отличное от незащищенности. Например, свобода лица заключается в том, чтобы, не осуществляя никаких неправомерных действий, совершать сопутствующее исполнение, уклонение или воздержание, побуждая к действию другое лицо. В то же время его незащищенность заключается в опасности подвергнуться правомерному ущербу, который может причинить ему другое лицо.

То же относится и к взаимной обязанности некоего лица. Она, на основании позитивного действия государства, отнимает нечто от его свободы, в то время как незащищенность отнимает нечто от его права. Обязанность предполагает осуществляемое высшей властью принуждение этого лица на основании позитивного действия государства, в то время как незащищенность подразумевает только отсутствие помощи со стороны государства. Тем не менее обязанность одного лица не равна обязанности другого — она находится в обратном отношении к этой обязанности и зависит от сравнительной важности — для сделки — той или иной стороны, которую определяет выносящая решение власть.

Короче говоря, эти несколько величин, отмеренных этими изменяющимися пределами, демонстрируют обещания и намерения высшей власти в отношении любой стороны сделки. Юридическое право лица есть позитивная помощь со стороны государства; его незащищенность есть безразличное отношение со стороны государства; его свобода есть разрешение со стороны государства; его обязанность есть принуждение со стороны государства. И то, что относится к действующим нормам политических правительств с их мерами физического принуждения, касается также действующих норм промышленных организаций с их мерами экономического принуждения и действующих норм культурных организаций с их мерами, основанными на одобрении или неодобрении со стороны тех, чье мнение имеет значение.⁶

6. ДЕЙСТВУЮЩИЕ НОРМЫ

Мы повсеместно указывали на то, что человеческая воля не является некоей неподвластной законам изменчивой силой: она, напротив, действует в определенных пределах. В этих пределах воля обладает неопре-

деленной свободой действий, или свободой выбора. Именно эти пределы, в которых осуществляется выбор, обычно называют законами. Тем не менее с точки зрения творческого и разумного человека, который в большей или меньшей степени контролирует действия затрагивающих его сил, эти законы не являются чем-то неизбежным, чем-то, что нельзя преодолеть, — они скорее определенные условия или силы, которые находятся в стратегическом или ограничивающем и комплементарном отношении друг к другу, которыми достаточно разумный человек может управлять, и хотя при этом он воздействует на то, что происходит независимо от его воли, тем не менее его независимые действия достигают результатов, которые в определенной степени совпадают с его целями. Эти законы (или пределы, в которых действует воля) могут быть сведены к трем тенденциям, или принципам, которые индивид сознательно или неосознанно принимает в расчет. Каждый из этих принципов в разное время принимался той или иной школой экономистов в качестве главенствующего, в то время как другие школы рассматривали его как некую данность, исходную посылку здравого смысла, которая не нуждается в представлении как особый действующий фактор.

Эти три основных принципа мы обозначили как принцип механицизма (который приложим только к физическим, неживым силам Вселенной, но подразумевает также и самого человека, и общество как очевидный особый случай механицизма); принцип ограниченности ресурсов (который приложим к биологическим, психологическим, а потому ко всем человеческим и социальным феноменам, поскольку ресурсы ограничены в сравнении с живыми существами); принцип действующих норм (который приложим ко всем сообществам или объединениям индивидов, обладающим непрерывным существованием в качестве организованных движений, в которые люди входят по рождению или постольку, поскольку их туда принимают, и из которых они выходят по причине смерти или изгнания).

Именно действующие нормы и то, в какой степени и каким образом поведение индивидов согласуется с этими нормами, и составляет то, что часто называют «коллективной волей», «общественным сознанием», «правлением закона, а не человека», «божественным», или «естественным, порядком» и т.д., при том, что такая персонификация и аналогия являются не более чем сжатыми фразами, отображающими в реальности только некий набор действующих норм, продолжающих функционировать вне зависимости от прихода или ухода отдельных лиц.

Применительно к индивидам эти три принципа (механицизма, ограниченности ресурсов и действующих норм) полагают пределы поведению отдельных людей и, таким образом, приводят их воли к определенному единообразию в действиях, которое, как правило, характеризуется

как «разум», «добродетель», «этика», «здравый смысл», а в отсутствие этого единообразия воля характеризуется как «прихоть», «порок», «аморальность», «невменяемость».

Здесь наблюдается ожидаемое различие между принципами механицизма и ограниченности ресурсов, с одной стороны, и принципом действующих норм — с другой: различие, которое заключается в том, что последний имеет своим источником саму человеческую волю, а первые два не зависят от человека. Тем не менее даже это различие стирается, если термину «действующие нормы» придается его надлежащее значение, подходящее ко всем объединениям, сообществам, колониям, большим и малым группам, в которых есть преемственность индивидов, которые приходят, сотрудничают и уходят, в то время как само общество существует в течение неопределенного времени — короче говоря, если термин «действующие нормы» обозначает членство в действующем предприятии. Действующие нормы человеческих сообществ эволюционировали из действующих норм доисторических сообществ, и, конечно, эволюция индивидов сама по себе есть эволюция способностей действовать совместно, в соответствии с общими правилами, принятыми каждым индивидом. Даже слова и языки суть символы, принятые в общем и целом теми, кто присоединяется к группе и остается в ней, и, как и другие действующие нормы, они являются методами тех согласованных действий, которых достигают члены организованных массовых движений.

Языки, равно как и множество других действующих норм, воспринимаются индивидами через обыденный опыт и наставления со стороны старших, становясь, таким образом, привычками и обычаями; и так-во, безусловно, происхождение подавляющей их части, но некоторые из них устанавливаются с течением времени в результате завоеваний или постоянного подчинения целых классов или народов. Именно этот последний тип норм — неважно, принимал ли он форму абсолютной воли монархов или сознательных определений законодателей, — был связан со значительными злоупотреблениями и вызвал протест философов и экономистов XVIII в. против всех действующих норм как исключительно непостоянного, порочного или безрассудного контроля человеческого поведения со стороны деспотической власти и попыток построить идеальное общество, которое вообще не должно иметь действующих норм, за исключением разве что тех, которые производятся механическими началами (теми, которые ввел в научный оборот Ньютон), или тех, которые создаются Божественным Провидением, действующим в соответствии с разумом, добродетелью и здравым смыслом. Короче говоря, действующие нормы церкви и государства, против которых восстали рационалисты XVII и XVIII вв., имели свои истоки в принципе

прерогатив, основанных на завоевании, в то время как те действующие нормы, которые рационалисты предлагали в качестве замены им под именами «разум», «естественное право», «естественный порядок» и т.д., возникли из привычек и обычаев, а в англо-американском праве были известны под именем «общее право».

Были серьезные основания для использования названий «разум» или «естественное право» применительно к обычаям общего права, поскольку термин «общее право» обозначал не *любой* тип привычки или обычая, но только такой, которым руководствовались при решении споров и который поэтому утверждал признанные, хорошие и функциональные обычаи и исключал плохие и разрушительные. Поэтому тот вариант «индивидуализма», который был разработан рационалистами как противоположность указам и законам монархов и законодательных органов, подразумевал таких индивидов, чьи привычки и обычаи соответствуют действующим нормам общего права, которое зарекомендовало себя как подходящее средство за столетия обыденных и спокойных решений споров между членами одного сообщества. Довольно очевидно, что эти нормы могли называться разумом, Божественным Провидением, естественным правом или даже «гармоничным равновесием механических сил» — в соответствии с теологическими, метафизическими или материалистическими пристрастиями философа, предлагающего эти термины, хотя с современной и более сложной позиции, исследующей не то, *что есть* вещь, но то, *что она делает*, эти нормы должны быть названы действующими нормами.

Это упущение юристов и экономистов XVIII в. происходило из того факта, что они не знали достижений современной психологии привычки и обычая, а потому пытались приписать разуму, рассудку, страданию, удовольствию, божественному или рациональному руководству то в человеческом поведении, истоком чего являются функциональная привычка и обычай. Таким образом, Адам Смит мог начать экономическую теорию с устранения всех сообществ, корпораций, союзов и почти всего того, что относится к государству с его действующими нормами, управляющими сделками индивидов, поставив на их место индивидуальные эгоистичные единицы, разделение труда, свободу, равенство, свободу выбора профессии и ту самую «невидимую руку», или Божественное Провидение, которое есть не что иное, как действующие нормы упорядоченного общества, как он их понимал в середине XVIII в.

Но когда эти философы и экономисты начинали не столько с действующих норм предприятия, сколько с индивидов, порядок исторической последовательности и причинно-следственных связей изменялся на противоположный. Действительно, для индивида важнейшей вещью являются его права и свободы, защищенные от вмешательства со сто-

роны других. Поэтому вывод таков: действующие нормы были сформулированы разумными людьми для защиты существовавших изначально прав и свобод индивидов. Но исторический факт заключается в том, что понятие о правах человека возникло через много тысяч лет после того, как впервые появились действующие нормы, а что касается причинно-следственных связей, то действующие нормы были сформулированы преимущественно для того, чтобы сохранять мир и осуществлять коллективные действия, и лишь затем — для того, чтобы защищать права и свободы. Характеристикой всех действующих норм является то, что они действительно регулируют те аспекты человеческого поведения, которые могут — по мере того как в ходе развития человеческих общностей утверждаются интересы индивидов, — получать имена прав, свобод и т.д. Но в первую очередь (как в том, что касается исторической последовательности, так и в том, что касается причинно-следственных связей) действующие нормы просто сообщают, что индивиды должны (или не должны) делать, что им позволено делать, а также что они могут (или не могут) делать, если властные органы, разрешающие споры, употребляют коллективную власть сообщества в отношении указанных индивидов.

Исходно правила необходимы, а их выживание в истории зависит от того, насколько хорошо в рамках действующего предприятия они ограничивают чрезмерный и беспредельный эгоизм индивидов, находящихся под давлением нехватки ресурсов. Исток действующих норм — в урегулировании споров и совершении общегрупповых действий (связанных преимущественно с нападением или защитой от другой группы). Это с необходимостью подразумевает отбор хороших традиций и обычаев индивидов и исключение плохих обычаев и обычаев, которые ослабляют группу как целое. Из этой исходной необходимости действующих норм произошли вторичные нормы, создавшие условия для специализации и разделения труда. Каждая норма, на которую можно полагаться, позволяет каждому индивиду заблаговременно знать, что он может или не может делать, что ему позволено делать при помощи группы, а также что он должен или не должен делать, так что в этих рамках он чувствует себя уверенным. И наконец, когда группа становится достаточно сильной, а ее контроль над ресурсами значительным, акцент в правилах смещается с того, что индивид должен или не должен делать, на то, что ему позволено и что он может делать, в результате чего возникают современная свобода и независимость индивида — как совершенный результат длительного эволюционного развития действующих норм. Именно тогда права и свободы могут быть с уверенностью провозглашены и признаны.

Этому утверждению индивидуальных требований способствовало появление профессиональных юристов (или, скорее, они систематизировали их), изначально готовившихся в теологических учебных заведе-

ниях, которые, владея логикой лучше, чем представители других классов, поддерживали эти индивидуальные требования (или, наоборот, препятствовали их осуществлению) и, таким образом, придавали отношениям принуждения, происходящим из действующих норм, диалектическую формальность и убедительную терминологию. То, что индивиды *могли* делать при помощи сообщества, санкционировалось как право и облагораживалось как возможность, правоспособность или независимость. То, что им было *позволено* делать (в связи с тем, что в соответствии с действующими нормами другим лицам было запрещено), становилось их свободой, привилегией или иммунитетом. То, что они должны (или не должны) были делать, т.е. то, к чему сообщество их принуждало или в чем ограничивало их, морализовывалось как обязанность и облагораживалось как ответственность, прогнозировалось как обязательство и освящалось как санкция. И наконец, то, что индивид мог делать на свой страх и риск, без защиты или помощи со стороны сообщества, получало имена, предполагающие его ограничение в правах, или неправопособность.

Эти действующие нормы во всех случаях подвергались постепенным историческим изменениям — через отмеченные нами изменения в экономических, политических и этических условиях. Но, кроме того, они различаются и более примечательным образом, сообразно нескольким формам социальной организации, выделившимся из примитивной гомогенности клана, семьи или племени. Когда церковь отделяется от государства, тогда церковные нормы начинают отличаться от политических. Когда бизнес отделяется от церкви и государства, тогда традиции торговцев, уставы и традиции гильдий, корпораций и ассоциаций начинают отличаться от церковных и политических норм. После этого, когда возникают и начинают процветать тысячи добровольных объединений, с ними приходят их собственные действующие нормы. Появляются организации трудящихся, чьи нормы различны во многих отношениях; и показательным фактом является то, что, отталкиваясь именно от специфических норм профсоюзов, знаменитые историки и теоретики британского профсоюзного движения супруги Вебб разработали и ввели в экономическую теорию понятие действующих норм⁴¹. Они обнаружили, что профсоюзы пытались установить общие правила поведения для производственного процесса в современной промышленности и что именно эти правила в большей степени, нежели вопросы заработной платы и продолжительности рабочего дня, определили особенности «конфликта труда и капитала». Следуя открытию супругов Вебб, шведский экономист Кассель распространил принцип общего правила на все

⁴¹ Webb S., Webb B. Industrial Democracy. 1897. 1920. P. 560.

законы управления⁴². В Америке усилиями Фредерика Тэйлора возникла школа управленцев-ученых, или инженеров, поставивших перед собой задачу систематизировать цеховые нормы в промышленности; уже в настоящее время американский экономист Э. Г. Науэрс предложил плодотворный анализ отношений между действующими нормами тысяч торговых организаций в сфере сбыта и вспомогательных действующих норм федерального правительства и правительств штатов⁴³.

Это лишь несколько очевидных свидетельств того признания, которое за последние 25 лет получил принцип действующих норм, всегда принимавшийся экономистами как данность, но не привлекавший к себе особого внимания до тех пор, пока не появились новые действующие нормы новых объединений и профсоюзов, пересекающиеся и конфликтующие с политическими, экономическими и культурными нормами, возникшими из необходимости разрешать споры и согласовывать действия индивидов, принадлежащих множеству предприятий, в едином массовом движении. Полный отчет о введении понятия действующих норм в экономическую теорию потребовал бы от нас обратиться к их истокам, которые исследовались в работах Вестмарка, Гирке, Поллока и Паунда и которые мы можем найти также в истории корпораций, торговых союзов, объединений работодателей и профсоюзов. Наш предшествующий анализ продемонстрировал только элементарное вовлечение действующих норм, настолько, насколько суды перенимали их от обычаев феодального сельского хозяйства и современного бизнеса. Дальнейший анализ решений австралийских судов (представленный в другой главе⁴⁴) покажет процесс происхождения традиций и действующих норм объединений трудящихся и профсоюзов из того же английского общего права. Здесь же достаточно сказать, что именно в принципе действующих норм, с их ограничениями, устанавливаемыми для сделок, следует искать соотнесенность права, экономики, политики, этики и современной бихевиористской психологии, равно как и редко принимаемый во внимание фактор, который обуславливает противоречия между абстрактным индивидуализмом и абстрактным коллективизмом, а также другие исторические дуализмы индивида и общества.

Не следует думать, что действующие нормы являются чем-то внешним, непреложным и непреодолимым, существующим отдельно от реального поведения. Они проявляют себя только как действия, сделки и предрасположенности — предрасположенности, заключающиеся

⁴² Cassel G. Der Ausgangspunkt der Theoretischen Oekonomie // 58 Zeitsch. F. Staatswirtsch. 1902. P. 668; Theoretische Oekonomie. 2nded. 1921.

⁴³ Nourse E.G. The Proper Sphere of Governmental Regulation in Connection with the Marketing of Farm Products // Proceedings Amer. Econ. Assn. 1922.

⁴⁴ См. главу VIII.

в готовности действовать неким определенным образом скорее, нежели каким-то другим. То, что дает им право называться «правилами действия», — это принцип ожидания с его поддержкой уверенности и осторожности ввиду ожидаемых решений, которые будут приняты в результате истолкования правил. Никакая действующая норма не может быть выражена в такой форме, чтобы она всегда безукоризненно соблюдалась и точно интерпретировалась. Она проявляется в разнообразных вариациях, близких или далеких от оригинала, число которых соответствует числу индивидов, соблюдающих и истолковывающих данную норму; именно здесь обнаруживается источник различий, который делает возможными постепенные отклонения действующей нормы от ее исходной формулировки с появлением тех условий, которые в том или ином направлении меняют поведение. Иначе говоря, действующая норма — это социальный процесс, а не метафизическая сущность, более или менее гибкий процесс действий, сделок и predispositions; тем не менее этот процесс развивается в определенном направлении, и это направление может быть абстрагировано при помощи разума и определено при помощи слов как формулировка данной конкретной действующей нормы. Как таковая она предоставляет руководство или внутренний критерий для решения возникающих споров, и именно это ожидаемое направление в решении споров — благодаря ожиданию — является главным основанием для добровольного выбора, который убеждает индивида согласиться с нормой во избежание споров и для сохранения одобрения со стороны других членов того же предприятия.

Естественно, со стороны тех, кто выносит властные решения, всегда наличествует сопротивление любому движению, требующему, чтобы эти действующие нормы обрели словесную формулировку и были обнародованы для всеобщего доступа. Они обычно утверждают, что эти правила слишком сложны и понятны только экспертам или тем, кто после длительной подготовки получил достаточный опыт в их истолковании. Двенадцать таблиц римского права были обнародованы лишь после длительной борьбы. Рассказывают, что египетские жрецы сформулировали принцип экономии истины для того, чтобы обосновать свой отказ обнародовать действующие нормы, привилегией по истолкованию которых они обладали. Приблизительно той же доктрины придерживаются бизнесмены, банкиры, финансисты, политики, рабочие лидеры и все остальные, кто опасается неправильного использования тех гибких действующих норм, которыми они заведуют, или же просто отрицает, что истолкованием действующих норм может заниматься еще кто-нибудь кроме них. Тем не менее публичность этих действующих норм есть то самое средство, посредством которого правящие власти любого действующего предприятия могут привлекаться к ответственности за свои действия,

а его члены обретают уверенность в том, что́ им позволено делать, а также что́ они могут, должны или не должны делать. И по мере того как те, кто исходно призван подчиняться нормам, обретают достаточные знания и власть, они начинают настаивать, во-первых, на публичности норм, затем на праве голоса при их формулировании и, наконец, на независимой судебной власти, которая будет разбирать все споры, возникающие по поводу этих норм. Этот процесс мы наблюдаем при возвышении торгового класса в Англии XVII в., кульминацией которого стал Закон о престолонаследии; и его же можно наблюдать в истории почти всех коммерческих, религиозных, культурных и других предприятий по мере того, как в рамках предприятия миряне, трудящиеся и так называемый «рядовой состав» получали доступ к информации и власти.

Таким образом, мы видим, что эволюция действующих норм в почти любом типе предприятия проходит четыре стадии. Первая стадия — стадия невежества и доверия, когда вера, лояльность и подчинение принимают без протеста действующие нормы, которые скрываются и истолковываются теми, кто обладает властью. Вторая стадия — стадия скептицизма и протеста, который удовлетворяется одной лишь публичностью норм. Третья стадия — стадия сопротивления, бунта и требований голоса при изменении и пересмотре норм. Четвертая стадия — стадия независимого судебного истолкования норм при возникновении споров.

Сказанное выше может быть названо конституционным развитием действующих норм. Однако может иметь место и революционное развитие, как, например, в случае тираний в греческих городах-государствах, Римской империи и сходных диктатур политического или экономического характера, имевших место в более позднее время, когда старые действующие нормы полностью отвергались и заменялись на другой набор правил, минуя стадии публичности, участия и независимого суда.

V. Действующие предприятия

1. ДЕЙСТВУЮЩИЕ НОРМЫ ПОЛИТИЧЕСКИХ, ПРОМЫШЛЕННЫХ И КУЛЬТУРНЫХ ПРЕДПРИЯТИЙ

В книгах по юриспруденции проводится различие между «физическим лицом» и «юридическим лицом»; первое — это человек как продукт природы; второе — совокупность индивидов, существующая только с точки зрения права. Но с точки зрения закона физическое лицо также является искусственным, а юридическое — естественным, настолько же, насколько естественно физическое лицо. И первое, и второе — персонификация; и первое, и второе — психологический процесс. Государство рассматривает индивидов и объединения индивидов как существующих до или, по крайней мере, независимо от любого действия закона. Тем не менее оно рассматривает их как неотделимых друг от друга, поскольку никакой индивид не может пройти путь от животного до человека, только участвуя в разнообразных объединениях с другими людьми, подчиняясь воле других или осуществляя свою власть над ними. Если индивид не обладает никакими правами, то он уже не человек, а вещь, которую можно захватывать, разводить, использовать, уничтожать, не нарушая при этом никаких обязанностей перед ней. Если нет прав у сообщества, то оно также объявляется вне закона, и его члены могут подвергаться преследованию как участники заговора. То, чем занимается государство, — это персонификация, т.е. образование лиц из индивидов и сообществ посредством наделения их правами, обязанностями, свободами и неприкосновенностями; и если говорят об искусственности такого процесса применительно к сообществам, то следует признать, что в отношении индивидов он является не менее искусственным. Это — процесс мышления, а мышление «искусственно». Ребенок вырастает во взрослого человека в результате естественного процесса, но государство «измышляет» его как лицо. Так же и иностранец обладает частичным гражданством — в той мере, в которой государство наделяет его правами и свободами граждан. Люди организуются в семьи, товарищества, объединения, союзы, нации, но закон вменяет этим сообществам как неким единицам многие из тех правовых отношений, которые он приписывает физическим лицам.

Тот факт, что корпорации не наделены всеми теми правами, которыми обладают физические лица (прежде всего это относится к так называемым «неотъемлемым правам»), не является основанием для проведения

различия между юридическими и физическими лицами. Физические лица сильно различаются по своему статусу, который заключается в приписываемых им правах, обязанностях, свободах и незащищенностях, а о корпорациях, в определенном смысле, можно говорить как об обладающих более высоким, нежели индивиды, статусом, поскольку они могут быть наделены юридической бессрочностью, которую можно описать как их «бессмертие». Более того, ни права индивидов, ни права корпораций не являются неотъемлемыми: они закреплены за ними благодаря действию закона и вступают в силу только на основании имеющих юридическую силу фактов, признанных судом; кроме того, ими обладают при условии, что (или настолько, насколько) имеют силу определенные взаимные обязанности. Качество, общее для них, которое признается судом, — это индивидуальная воля или объединенные воли. Государство наделяет их (индивидуально или коллективно) определенным набором прав, обязанностей, свобод и незащищенностей, — они устанавливают пределы, в которых может действовать воля.

Председатель Верховного суда Маршалл, следуя сэру Эдварду Коуку и идеям XVII и XVIII вв., описывал корпорацию как «искусственное существо, невидимое, нематериальное и существующее только в представлении закона. Будучи не более чем созданием закона, она обладает только теми свойствами, которыми наделил ее создавший ее документ, либо специально, либо привходящим образом... Среди наиболее важных свойств следует назвать бессмертие и, если можно так выразиться, индивидуальность: свойства, благодаря которым не имеющая предела во времени последовательность многих лиц может рассматриваться и действовать как один индивид»¹.

Здесь два понятия — «нематериальность» и «невидимость» — соединяются в одно. «Создавший корпорацию документ» — учредительный акт компании — есть не что иное, как набор обещаний и директив, которые государство формулирует в виде действующих норм, показывающих, как должностные лица государства будут действовать в будущем в отношении того, что воздействует на объединение, членов объединения и лиц, которые не являются его членами. Именно эти обещания и директивы, или действующие нормы должностных лиц, являются уставом и определяют статус ассоциации. Это нормы будущего поведения для исполнительной, законодательной и судебной власти, установленные ранее другими должностными лицами для будущего взаимодействия с членами предприятия.

Но наряду с этим нематериальным обещанным поведением публичных должностных лиц имеет место вполне осязаемый и видимый, живой

¹ Dartmouth College v. Woodward. 4 Wheat. 518, 636. 1819.

организм людей, которые составляют то, что известно как «действующее предприятие». Действующее предприятие вдохновляется общей целью, которая определяется самостоятельно сформулированными общими нормами, а коллективное поведение, направленное на достижение этой цели, мы можем определить как «действующий бизнес». Именно это коллективное поведение этой коллективной воли, этот поток сделок в направлениях, намеченных действующими нормами, этот действующий бизнес действующего предприятия конституируют то невидимое и нематериальное существо из определения Маршалла. Оно — не искусственный «продукт законотворчества»; оно существует до закона в намерениях и сделках его членов и, таким образом, существует в самой природе человеческой воли, так же как и с точки зрения права.

Этот коллективный нематериальный процесс жизни индивидов в некоем нестабильном состоянии предстает перед должностными лицами государства, которые «искусственным путем» направляют соответствующих индивидов и придают этому процессу более надежный характер. Руководство индивидами осуществляется через обещание того, что официальные должностные лица, которые устанавливают пределы для их частного поведения, будут придерживаться определенной линии поведения, а также через обещание помощи, которую индивиды могут ожидать со стороны должностных лиц. Официальное поведение также является коллективным и нематериальным. Два понятия нематериальное™ — суть нематериальность обещанного коллективного поведения публичных должностных лиц, которое узаконивает частное поведение, и нематериальность ожидаемого коллективного поведения членов самого объединения, которое есть таким вот образом узаконенное частное поведение. Одно — это обещанное поведение государства, установленное в действующих нормах для публичных должностных лиц; другое — желаемое поведение действующего предприятия, установленное в действующих нормах для его работников, доверенных и должностных лиц.

Именно эти два набора действующих норм скрепляют действующее предприятие, обуславливая ожидание получения в результате совместной деятельности валового дохода, который распределяется среди членов предприятия. Данное предсказание основывается на деловых связях, наличии постоянных клиентов и гудвилле, которые были обретенны в прошлом и, как ожидается, будут увеличиваться в будущем до тех пор, пока продолжают действовать эти нормы. Если ожидание не оправдывается, исчезает бессмертие. Пока ожидание сохраняется, корпорация является «действующим предприятием». По этой причине правовая форма является второстепенной. Предприятие может существовать как товарищество, союз, ассоциация, корпорация, кооператив. Важнейший момент — это видимое, материальное действующее предприятие, со-

стоящее из определенных лиц, с его невидимым, нематериальным поведением в неопределенном и отдаленном будущем, стабильность которого обеспечивается действующими нормами. Необходимо отметить, что современная корпоративная модель имеет определенное преимущество над прочими в силу свойственной ей ограниченной ответственности индивидов и бессрочной преемственности индивидуальных членов без использования тех многочисленных юридических механизмов, которые в других случаях необходимы для обеспечения функционирования предприятия.

Действующее предприятие, государственное или частное, государство или корпорация действуют, безусловно, через физических лиц, и поэтому последние обладают двойной «правосубъектностью». Они являются чиновниками, служащими, рабочими, чья воля причастна коллективной воле; и они же являются индивидами, действующими отдельно в других своих качествах или как члены неких иных сообществ или предприятий. Акционеры, например, являются руководителями или работодателями в рамках одного предприятия и, в то же время, членами других предприятий в иных своих деловых отношениях. Обычно считается, что корпорация есть ее акционеры, но это главным образом для того, чтобы можно было провести правовое разграничение между руководителями, служащими и рабочими. Служащие и рабочие получают часть валового дохода корпорации, но их доли заранее определены и оговорены. Руководители, т.е. акционеры, претендуют на оставшуюся часть дохода, и их волю закон рассматривает как высшую в определенных пределах.

Однако фактически, как экономическая организация, воля действующего предприятия есть объединенная воля всех его членов — настолько, насколько каждый из них в своих действиях обладает определенной свободой. Закон может не всегда отражать реальность, которая включает в себя всех лиц, даже низшего работника физического труда. Он обладает определенной свободой действий, в противном случае его работа могла бы выполняться животным, слабоумным или машиной. Благодаря причастности к коллективной воле все члены предприятия в той или иной мере вносят свой вклад в действия объединенной воли. Работник физического труда, действуя в соответствии с цеховыми нормами, обладает минимальной свободой действий при взаимодействии с силами природы, где его воля, хотя и в малой степени, изменяет конечный результат. Решения мастеров, директоров, управляющих, продавцов и покупателей (т.е. тех, кто взаимодействует с человеческой природой), принимаемые в рамках касающихся их действующих норм, оказывают на конечный результат большее влияние. Влияние акционеров, держателей облигаций, банкиров может быть большим или меньшим, а также различаться по качеству или функции.

Таким образом, мы наблюдаем шкалу служебных или самостоятельных действий воли: от работника физического труда, который действует, главным образом подчиняясь воле других, до президента, акционера, учредителя, банкира или финансиста, которые действуют в более широких пределах на основании своих собственных убеждений. Коллективная воля есть организованное собрание всех связанных с принятием решений действий всех участников, осуществляемое день за днем в соответствии с нормами организации. Она есть организованное массовое движение.

Однако в то же самое время коллективная воля направляется действиями прошлых участников. Традиции, установленные порядки, обычаи, прецеденты, методы работы прошлого были собраны и унаследованы в качестве действующих норм, которые ограничивают свободу действий в настоящем. Имеющие обязательную силу договоры, неформальные соглашения, договоренности и решения акционеров сохраняют действующие нормы прошлого в настоящем поведении. Учредительные документы компании, контракты с держателями облигаций ведут еще дальше и еще крепче связывают настоящие и будущие акты воли. В общем и целом статутное право, общее право, решения судов, короче говоря, действующие нормы государства вкладывают особый смысл и в учредительные документы, и в сделки начальника и подчиненного, работодателя и работника, акционеров, держателей облигаций, постоянных покупателей, клиентов и потребителей, так что воля государства или, вернее, его действующие нормы, навсегда сохраняют права, обязанности, свободы и незащищенности, в рамках которых формулируются действующие нормы подчиненного предприятия и развивается его коллективное поведение.

Таким образом, действующее предприятие может рассматриваться как некое лицо, обладающее составной волей, но эта так называемая «воля» есть не что иное, как действующие нормы предприятия, оперирующего при посредстве действий и сделок тех, кто следует этим нормам. Ибо любая действующая норма любого действующего предприятия содержит — в разной степени значимости — четыре уже упоминавшиеся категории, которые служат руководством для тех участников, которых затрагивает эта норма. Правило, во-первых, указывает, что *индивид должен* или *не должен* делать. Таким образом, это — принуждающая норма, или *обязанность*, за соблюдением которой, как предполагается, будет следить руководство предприятия.

Во-вторых, норма указывает, что *индивид может* делать: в том смысле, что если он делает это, то власть предприятия будет оказывать ему помощь, придавая законную силу его действиям. Это — узаконивающая норма, или *право*, поскольку руководство предприятия будет употреблять коллективную власть для того, чтобы помочь индивиду принудить других к исполнению его приказаний.

В-третьих, норма указывает, что индивид *не может* делать, — в том смысле, что хотя ему не запрещено делать это, тем не менее власть предприятия не будет защищать его от любого ущерба, которому он может подвергнуться из-за этого по причине действий других. Это норма об отсутствии разрешения, или отсутствии помощи, т.е. состояние *незащищенности*, или опасности, заключающееся в том, что свободные действия индивида могут повлечь за собой любой вид ущерба, который может быть причинен ему дозволенными действиями других.

Наконец, действующая норма указывает этому же индивиду, что ему *позволено* делать: в том смысле, что хотя от него не требуют этого и предприятие не обещает ему помощь, если он потребует от других подчиниться его воле, тем не менее власть предприятия будет использоваться для того, чтобы другие не вмешивались, когда он осуществляет эти свои дозволенные действия. Это — разрешающее правило, т.е. *свобода* делать то, что заблагорассудится, при невмешательстве других.

Эти четыре поведенческие описания действующих норм были представлены в предыдущей главе. Здесь достаточно отметить, что они образуют так называемую «коллективную волю» любого действующего предприятия, — в смысле отношений между поведением его членов и сопутствующим поведением предприятия как целого, причем эти нормы используются во всех предприятиях, будь это семья, племя, коммерческая компания или государство. Эти нормы сообщают, что позволено члену предприятия, а также что он может, не может, должен и не должен делать в той степени, в которой объединенная власть предприятия, как предполагается, распространяется на его поведение. Нормы дают индивиду власть (право) действовать в качестве представителя предприятия; они дают ему свободу действовать — тем, что предприятие будет удерживать других от вмешательства. Они ограничивают его власть действовать на благо предприятия — тем, что за указанными пределами он становится незащищенным от ущерба, которому предприятие не придает значения; и они требуют от него действовать (или не действовать) в определенном направлении под угрозой наказания в случае нарушения нормы (обязанность).

Таким образом, действующие нормы предприятия обязательно предоставляют любому его члену свободу действий, или выбора, заключающуюся во власти (право) и иммунитете (свобода), допускаемых данной нормой и ограниченных реально доступными индивиду альтернативами. Всякий раз, когда рабочий избирает между двумя способами производства вещи, или служащий делает выбор между двумя деталями договора купли-продажи, или представитель исполнительной (судебной, законодательной) власти выбирает между двумя линиями поведения, он, в этих пределах, конструирует волю всего предприятия. В случае,

когда он сомневается, решения принимает более высокая власть, вплоть до высшего должностного лица, президента, совета директоров или Верховного суда, которые, вынося постановления и истолковывая действующие нормы, говорят от имени коллективной воли объединенных директоров, партнеров или акционеров. Независимо от того, решает ли все сильная личность, определяющая характер всего предприятия, или же речь идет о колеблющейся и нерешительной воле многих, коллективность тем не менее выступает как единая воля, сильная или колеблющаяся, длительная или преходящая, действуя посредством многих волей, каждая из которых руководствуется нормами, и как таковое предприятие может быть наделено (что и происходит в реальности) правами и свободами или обременено обязанностями и открыто свободе других, подобно физическому лицу.

Таким образом, концепция Коука и Маршалла, в соответствии с которой только ради искусственного удобства закон объединяет индивидов и рассматривает их как единое лицо (в связи с чем объединение индивидов является не более чем юридической фикцией), игнорирует саму сущность воли, понимая ее так, как если бы воля была атомом, не связанным с другими атомами. Каждая индивидуальная воля есть действие и противодействие другим волям в многообразных вариациях коллективных волей. Государство лишь регулирует форму, определяя в соответствии с собственными правилами пределы, в которых индивиды действуют совместно: оно неспособно объединять их действительным образом, если при этом не учитываются те способы, посредством которых индивиды совершают совместные действия самостоятельно. Они действуют как начальники и подчиненные, как сотрудники и члены предприятия, как тот, кто дает обязательство, и тот, которому это обязательство дано, как кредитор и заемщик, как ведущий и ведомый, и все, что может сделать государство, — это определить, сколь далеко должностные лица должны заходить, помогая индивидам в их сделках, разрешая эти сделки, приносящая индивидов и оставляя их незащищенными².

Само государство есть не что иное, как одно из действующих предприятий, чьи верховные действующие нормы суть лишь более значимая коллективная воля, а поведение должностных лиц государства есть коллективное поведение. Государство также обладает служащими с настолько незначительной свободой действий, что закон рассматривает их как «наемных работников». Кроме того, у государства есть должностные лица, которые могут действовать по собственному усмотрению (неважно, к какой ветви власти они относятся — исполнительной, законодательной или судебной), и их коллективный выбор определяет политику,

² *Baty T. The Rights of Ideas — and Corporations // 33 Harv. Law Rew. 1920. P. 364.*

которую государство проводит в жизнь день за днем. Они также обладают двойной «правосубъектностью». Они являются должностными и доверенными лицами, наемными работниками, которые действуют коллективно, и они являются частными лицами, которые действуют в иных своих качествах или как члены других действующих предприятий. Действуя коллективно, они действуют в соответствии с прецедентным правом, обычаями, судебными решениями, статутным правом и, вероятно, теми учредительными документами корпораций, которые составляют писаную конституцию государства; и все таковое вместе составляет действующие нормы³. Государство — это не «народ», не «общественность», но действующие нормы должностных лиц, поступающих по собственному усмотрению в прошлом и настоящем и обладающих законной властью осуществлять свою волю в пределах, установленных другими должностными лицами в прошлом и настоящем, через посредство других должностных лиц и наемных работников — как прошлых, так и настоящих.

Государство при помощи своих действующих норм наделяет себя или, вернее, своих служащих (как тех, кто действует по своему усмотрению, так и тех, кто только выполняет приказы) определенной властью и иммунитетами, а также налагает на них обязанности и ограничения в правах, которые определяют их поведение по отношению друг к другу или к тем, кто считается частными лицами. Государство также является неким очень большим лицом, собранием воли, действующих в соответствии с принятыми нормами, действующим предприятием, подобным частным корпорациям с их «действующим бизнесом», так что коллективное поведение должностных лиц государства в их взаимодействии с населением и другими государствами является «государственным бизнесом».

Именно по этой причине мы отличаем «государство» и «правительство» от «общества» и «народа». Государство возникает из «народа» как одно из нескольких действующих предприятий, поскольку получает право на применение насилия в соответствии с определенными правилами, именуемое также верховной властью. С другой стороны, «правительство» — это ряд сделок, заключаемых между должностными лицами и гражданами, а также между должностными лицами одного и того же или разных государств. Правительство — это не вещь, а процесс, происходящий в соответствии с определенными правилами. В сделках, составляющих этот процесс, каждый гражданин или должностное лицо

³ Ср.: *Maitland F.W.* The Crown as Corporations // 17 L.Q.R. 1901. P. 131; *Moore H.* 20 L.Q.R. 1901. P. 351; *Brown W.J.* The Auslinian Theory of Law. 1912. P. 254 ff; *Laski H.J.* Studies in the Problem of Sovereignty. 1917. Эти авторы, однако, в общем и целом придерживаются скорее идеи сущности, а не набора действующих норм.

соучаствует в контроле над насилием. Как «действующий бизнес» есть не что иное, как ряд сделок, заключаемых между членами одного или различных действующих предприятий ради контроля над богатством и бедностью, так и политическое правительство есть действующий бизнес должностных лиц, взаимодействующих друг с другом и с гражданами ради контроля над миром и насилием. Таким образом, термины «государство» и «правительство» являются взаимозаменяемыми. Государство — это действующее предприятие объединенных лиц, а правительство — это их действующий бизнес. Первое — это лица, причастные к верховной власти, второе — это сама их причастность.

То же самое касается всех остальных открытых или закрытых, временных или постоянных объединений, действующих как особая единица. Семья, церковь, клуб — это действующие предприятия; сделки между их членами — это их действующий бизнес; действующие нормы — это то, что поддерживает их функционирование.

Таким образом, имеется три типа лиц (граждане, частные предприятия и государство), признание которых осуществляется через наделение правами, привилегиями, властью, иммунитетами и их противоположностями. Они суть лица, поскольку обладают большей или меньшей свободой воли; или, вернее, они являются независимо действующими субъектами, чьи будущие действия могут направляться, контролироваться, предупреждаться и ограничиваться наложением обязанностей и незащищенностей или же поощряться наделением правами и свободами. Они суть лица, поскольку обладают качествами и возможностями, которые могут быть защищены, поддержаны или ограничены в соответствии с распределением прав и обязанностей. Они обладают своей внутренней экономикой, соразмеряющей сделки внешними отношениями возможности и власти, а также ожиданиями будущего. Гражданин — это лицо, являющееся членом многих предприятий, и его сделки с другими гражданами составляют, с одной стороны, его личность, его собственность, его свободу и гражданство, а с другой стороны — его долю в действующем бизнесе и общественном бизнесе всех предприятий и государства.

Следовательно, имеется определенная доля истины в характерном для XVII и XVIII вв. понятии о корпорации или государстве как об искусственном лице, существующем только с точки зрения права. Действующие нормы этого искусственного лица вполне могут стать причиной его затруднительного положения — обвинения в заговоре или преступной деятельности, если суды не отберут и не поддержат его хорошие нормы и не отвергнут его плохие обычаи. Маршалл взял свое определение корпорации у сэра Эдварда Коука, а Коук (вместе со знатоками общего права эпохи Английской Республики) понимал дело так, что корпорация существует исключительно в виде дарованной на основании королев-

ских прерогатив лицензии, предоставляющей ей право на существование и деятельность. Корпорация продолжала существовать лишь до тех пор, пока королевский суд признавал дар верховной власти, а исполнители короля обеспечивали возможность пользоваться дарованными привилегиями. Корпорация существовала только «с точки зрения права». То же касается понятия государства и «общего блага». Государство рассматривалось исключительно как сумма всех индивидов, которые в своих коллективных возможностях образуют единую абстрактную сущность — «общественность», или «общую волю»; с другой стороны, «общее благо» есть не что иное, как сумма всего частного богатства.

Позже учение об индивидуальной свободе и об индивиде как единице общества давало экономистам возможность расчленять государство, равно как и корпорацию, на единицы лиц и единицы богатства, которые, сложенные вместе, образуют целое (причем объединяться они могут лишь посредством некоей абстрактной сущности, существующей только в умозрении). От Коука (начало XVII в.) до Джона Локка (конец XVII в.), от Руссо и Адама Смита (XVIII в.) вплоть до Герберта Спенсера (XIX в.) сохраняется индивидуалистическое представление о государстве как о сумме всех индивидов, с одной стороны, и как о некоей абстрактной сущности, с другой. И когда Спенсер уничтожил эту метафизическую сущность, ему — для того, чтобы объяснить соединение частей — не оставалось ничего, кроме как заменить эту сущность другой, обладающей аналогией с биологическим организмом. Здесь вообще не было коллективной воли — только абстрактная формула индивидуальных прав, благодаря которым индивиды отстраняются друг от друга, соединяясь при этом по аналогии с биологическим организмом. Однако на самом деле их соединяют действующие нормы.

Этот дуализм возник из конфликта между свободой и обязанностью в XVII в. Отцы Церкви, Папа, вновь учрежденная английская Церковь, сторонники королевских прерогатив из числа роялистов — все были согласны в том, что единство христианского мира или единство нации может сохраняться только через подчинение всех одной воле⁴. Божественное право короля и божественное право Папы были не чем иным, как религиозной обязанностью подданного подчиняться одной воле⁵. Даже такой иконоборец, как Томас Гоббс, уничтоживший эту религиозную сущность, должен был (так же, как Герберт Спенсер) заменить ее другой — чудовищным Левнафаном, в котором — по аналогии — граждане были ногами, руками и другими членами, а суверен — единственной волей, удерживающей их вместе при помощи страха. Философ Кант,

⁴ Cp.: *Freemantle W.H.* The World as the Subject of Redemption. 1888.

⁵ Cp.: *Figgis J.N.* The Theory of the Divine Right of Kings. 1896.

разложив государство на индивидуальные воли, должен был восстановить единство всего при помощи «царства целей», которое обернулось прусской монархией⁶. В более позднее время эта линия была продолжена Карлом Марксом, который упразднил индивидуальное и обнаружил единство общества в «общественной рабочей силе», которая обернулась «диктатурой пролетариата» и новыми королевскими прерогативами с Лениным и Троцким на троне.

В это же время постепенно формировалась теория действующего предприятия — благодаря решениям судов, которые выносились по мере возникновения спорных ситуаций. Эта теория, впрочем, поддерживалась теорией искусственной сущности, существующей только в созерцании ума: введение данной сущности помогало преодолеть наследие трех столетий, минувших с тех пор, когда Коук и его современники начали подрывать божественное право королей своей «свободой субъекта» и разрушать корпорации и гильдии как всего лишь «монополии», основанные на привилегиях, обеспечиваемых должностными лицами короля. Тем не менее действующее предприятие — это больше, чем сущность; оно является коллективным действием; оно есть массовое движение и массовая психология; оно есть действующие нормы, которые разрешают споры и спланивают массы в поддержке норм. Разработка теории, осуществлявшаяся посредством включения и исключения сделок, по которым требовалось принять судебные решения, была необходима для того, чтобы отдать должное тем, кто объединился в сообщества, основал собственный бизнес, принял на себя ответственность, поверил в кредитную систему — в надежде, что их прошлые и настоящие деловые связи будет дозволено сохранять и в будущем. Эти надежды нельзя было разрушать — иначе разрушилась бы вся структура общества. Суды и законодатели нашли их там, в обычных сделках индивидов, признали их, а затем — узаконили; а узаконивание придает надежность действующим нормам. Теперь надежды опираются на закон, а то, что существовало в самой природе сделок людей между собой, начинает существовать «с точки зрения права».

2. СПОСОБНОСТИ И ВОЗМОЖНОСТИ

Мы увидели, как благодаря изменениям в действующих нормах происходило расширение понятия собственности — оно распространилось с собственности на материальные объекты на собственность на занятие, призвание, профессию и даже на свой труд; и так же расширялось понятие свободы — от личной свободы к свободе экономической. Последняя, как мы увидели, состоит в выборе возможностей или в выборе между

⁶ Ср.: Hoeffding H. A History of Modern Philosophy. 1900. Vol. 2. P. 108.

двумя уровнями экономической власти. При этом мы отметили два значения активов, или ожиданий, определенных нами как два смысла предвосхищений, благодаря которым активы получают свою ценность. Один из них — это частичная возможность, другой — полная. Частичная возможность — это ожидание единичной сделки или ряда повторяющихся сделок, которые заключаются для реализации той полной возможности, частью которой она является. Капитализированная, она является самостоятельным активом, а ожидание, с которым она связана, есть сделка или ряд сделок либо на товарном рынке, либо на рынке ценных бумаг — в зависимости от того, к чему относится данный актив. Частичная возможность — это ожидаемая продажа, покупка, договор, единичная сделка или ряд сделок, существенные для реализации полной возможности. Она — часть целого.

Напротив, полная возможность — это ожидание соразмеренной деятельности, занимающей определенный период времени, которая, как предполагается, принесет чистый доход, возникающий из результатов реализации частичных возможностей. Именно эта полная возможность тождественна тому, что судьи в своих мнениях определяли как «призвание», «занятие», «профессию» и даже как «труд»; и она же тождественна действующему предприятию или работе.

Термины, которые использовали судьи, тем не менее могут пониматься в значении как «бизнеса», так и «работы», что было неизбежно на той стадии экономической истории, когда работающий был также и предпринимателем. Очевидно, что мясники из дел о скотобойнях были мелкими предпринимателями, владевшими физической собственностью, с которой они работали (причем трудились они сами или вместе с наемными работниками), а также закупали материалы и продавали продукцию; следовательно, термины «призвание», «занятие», «профессия» и «труд» подразумевали как предпринимательскую деятельность торговцев и работодателей, связанную с покупкой и продажей, так и трудовую деятельность производителей продукта (или, по меньшей мере, наемный труд под руководством торговца или работодателя). Продолжая свое исследование, мы, исходя из различия между начальником и подчиненным, хозяином и служащим, работодателем и работником (впервые проведенного в рамках коммерческих организаций и признанного впоследствии законом), проведем различие между сделками купли-продажи как «бизнесом» и деятельностью наемного работника или служащего как «работой», или «местом».

Как бизнес, так и работа являются в своих сферах полной возможностью, а потому термин «занятие» является подходящим в обоих случаях. «Занятие» подразумевает, что нечто «занято», «взято и удерживается» для использования занимающим. Изначально употреблявшийся в рим-

ском праве по отношению к физическим вещам (таким как земля или движимое имущество), приобретенным в результате захвата и, таким образом, «занятым», этот термин впоследствии начал использоваться в более широком значении, вплоть до того, что стал обозначать также любое нематериальное, или невещественное, благо, которым обладатель владеет для собственного употребления. Поэтому вполне естественно, что если некто подготовил себя к «профессии», или к «делу», он распространяет значение термина «занятие» и на все таковое, хотя в данном случае речь идет не о какой-то вещи, но о его собственных компетенциях или способностях вести бизнес, трудиться на некоей работе или занимать определенное место.

Однако вышеупомянутые мнения судов проводили различие, хотя и неявное, между тем, что стало именоваться «действующим бизнесом», и тем, что можно описать как *планируемый бизнес*. В делах о скотобойнях те, кто уже был «занят деятельностью, на которую распространяются запреты», были вовлечены в «действующий бизнес». Они уже «занимали» полную возможность, и введенные по отношению к ним ограничения лишали их *права продолжать бизнес*. У них имелся тот тип собственности, который подпадал под исходное значение термина «занятие», поскольку полная возможность уже была «занята» и не было необходимости в каких-то дополнительных правах и свободах для того, чтобы начать бизнес. Тем не менее они *также* лишались своей свободы — в том смысле, в каком свобода предполагает свободу избирать частичные возможности, отдельные сделки, необходимые для того, чтобы вести бизнес в целом, т.е. для того, чтобы «продолжать бизнес».

Иначе обстоит дело с *планируемым бизнесом* или работой. Здесь та вещь, которой некто обладает, это, скорее, его собственные способности, или компетенции, воплощенные в его теле; тот тип собственности, который мы уже упоминали как включенный в то, что судьи обозначили термином «занятие», однако в более личном смысле; как подготовка к «призванию», «делу», «профессии» или даже просто «способность» к труду при отсутствии фактической вовлеченности в занятие.

Здесь мы наблюдаем дальнейшее расширение значений «собственности» и «свободы». «Труд» есть собственность. Под «трудом», конечно, понимается не только физический труд, но все способности, необходимые для ведения бизнеса или занятия рабочего места. Джеймс Стюарт Милль заметил, что человеку для производства богатства требуется только «привести вещи в движение», а все остальное сделает природа. Другие же, включая Карла Маркса, пошли еще дальше и говорили о трех аспектах «труда»: «ручной труд, умственный труд и управление». Лучше всего представить эти три аспекта как физические, умственные и управленческие способности посредством прямого физического контакта

и усилия приводить в движение вещи, других лиц и даже собственное тело. Умственные способности — это такие способности, которые дают значительное преимущество при приведении вещей в движение благодаря тому, что предполагают предусмотрительность и расчет последствий предпринимаемых действий. И если управленческие способности отличаются от них, то лишь в том, что они суть способности, посредством которых *другие* лица побуждаются к тому, чтобы приводить в движение вещи, — обычно через эмоциональное воздействие обещаний, предупреждений или угроз, которые в социальной психологии могут быть описаны в терминах убеждения и принуждения, приказания и подчинения.

Эти физические, умственные и управленческие способности не являются отдельными способностями, но они суть независимые переменные, поскольку индивиды обладают ими (или приобретают их) в неравной пропорции. Однако, будучи соединенными в определенной пропорции, они могут рассматриваться как единая человеческая способность приводить в движение вещи или лиц с тем, чтобы они, в свою очередь, приводили в движение другие вещи и лиц. В этом смысле они являются волей индивида в потенциальном его контроле над собственным телом, которое пребывает в ожидании, готовится или уже готово привести в движение вещи и лица, но реально пока еще не движет их.

Таким образом, когда говорится, что «труд», или «профессия» («дело», «призвание»), или даже «занятие» (в смысле подготовки к занятию) является собственностью некоего человека, мы наблюдаем дальнейшее расширение значения термина «собственность». То, чем в данном случае обладают, — это физические, умственные и управленческие способности, которые воплощены в теле человека и являются ожидаемым использованием его тела; а то, что обладает этими способностями, — это еще более глубинная, более непостижимая, более постоянная и более важная вещь: сама личность, человеческая воля.

Таким образом, утверждение о том, что смысл термина «собственность» должен расширяться «вглубь» (с физических вещей на возможности, а затем на способности, которые используют возможности) и что в этом личностном погружении он должен отождествляться со свободой, не является всего лишь метафорой. Это просто признание на практике того, что и так известно и понятно, а именно того, что в основании вещей, возможностей и даже способностей лежит некий центр личности, воля, которая пользуется всем этим и соразмеряет все это сообразно своим целям.

Эта характерная особенность, будучи признанной, должна сохранить свою определенность, и это можно сделать, используя правильную терминологию. Собственность (как отличная от *прав собственности*) имеет две стороны: способности и возможности, а связь между ними — это

действия или сделки. Собственность — это не физический объект, но отношение, которое лицо необходимо устанавливает между своими личными способностями и окружающим миром. Его способности — это его рабочая сила, вернее, его человеческий ресурс: его физические, умственные и управленческие способности. Сам человек есть его сила воли, его личность, избирающая возможности, преодолевающая сопротивление, подчиняющаяся более высокой силе, соразмеряющая способности и возможности посредством действий и сделок ради осуществления намерений, которые простираются в будущее и которые, как он считает, принесут ему при его власти, возможностях и характере максимальные результаты и доход. Таким образом, собственность становится человеческими способностями, готовящимися к использованию или использующими возможности.

Это отношение, как мы недавно предположили, проявляется в двух аспектах: планирование и реализация. По-видимому, планируемый, или предполагаемый, класс возможностей проявляется в подготовке способностей (не важно, является ли она обдуманной или случайной подготовкой, проводимой самим человеком, его начальством или сообществом). В общем, термин «образование» относится к этой деятельности самого человека (или других лиц) в подготовке способностей к планируемому использованию возможностей. Но действительная, или реализованная, возможность есть полная возможность с ее разнообразными сделками, а именно действующий бизнес, или реальная работа, или занимаемое место.

Поэтому собственность неотделима от *прав* собственности. «Права», как мы видели, не могут определяться иначе как через взаимные права, обязанности, свободы и незащищенности. Каждое так называемое право подразумевает все эти измерения. Таким образом, так называемое «право на свободу» есть право на отсутствие принуждения, ограничения или обязанности при приведении в движение вещей и лиц физически или при побуждении других лиц к приведению в движение вещей и лиц. Безусловно, свобода доступа является более чем существенной для соединения этих двух сторон собственности, способностей и планируемого бизнеса или работы, при посредстве действий и сделок. Эта свобода важна также для выбора этих частичных возможностей, тысяч и миллионов отдельных сделок, которые составляют целое, действующий бизнес или реальную работу.

Но поскольку противоположная сторона обладает взаимными свободами, «право» на работу открыто для их свободы отрицать это право. А поскольку противоположная сторона обладает взаимными правами, право на работу обременено взаимными обязанностями при реализации этого права. Точно так же, конечно, необходимо наличие доступных

или действительно «занятых» возможностей. Способности к занятию бизнесом без действующего бизнеса, труд без рабочего места не обладают ценностью.

3. АКТИВЫ И ПАССИВЫ

В связи с расширением значения термина «собственность», который теперь относится не только к вещам, но и к меновой ценности вещей, понятие «право собственности» также изменилось: оно означает не только право на покупку, использование и продажу физической вещи, но и право покупать и продавать меновую ценность вещи. Это право на меновую ценность вещи известно как «нематериальная собственность» и эквивалентно термину «активы» в бизнесе.

Может ли меновая ценность, которая обычно понимается исключительно как меновое отношение, в соответствии с которым покупаются и продаются вещи, сама быть объектом владения и, следовательно, собственностью? Можно ли владеть меновым отношением? Является ли оно собственностью? Можно ли говорить о праве собственности на меновое отношение?

Решение этого парадокса — в различении промежутков времени. Собственностью является не меновое отношение в настоящем; собственность — это существующее в настоящем право на будущее меновое отношение. Меновое отношение в настоящем является, конечно, результатом свободы покупать и продавать собственность. Но *право* на будущее меновое отношение — это собственность в настоящем, т.е. текущий «интерес» в будущей меновой стоимости вещи, и он, в свою очередь, может быть продан или куплен и обладает меновой ценностью в настоящем. Конечно, не само *отношение* становится частной собственностью — частной собственностью становится право на обладание в будущем другими товарами, которые можно получить в обмен на вещь, которой обладают в настоящем. Это право на предполагаемую покупательную способность вещи, и это право существует в настоящем, может быть куплено, продано и является собственностью.

Именно этот парадокс привел МакЛеода к выводу, что предметом экономики являются не товары и чувства, но только *права* на покупку и продажу⁷. И этот же парадокс обусловил то, что одну и ту же вещь он рассматривал дважды: во-первых, как право на меновую стоимость вещи и, во-вторых, как *право* на будущий доход с нее. Это обычная ошибка в некоторых случаях двойного налогообложения, когда, например, к налогу на землю в соответствии с ее рыночной ценностью добавляется налог на вексель или закладную, обеспеченные землей, также в соответствии с ее

⁷ McLeod H.D. Elements of Economics. 1881. Vol. 1. P. 153.

рыночной ценностью. Этот же парадокс привел Карла Маркса к теории эксплуатации труда капиталом. Трудящийся производит физическую вещь, а капиталист владеет ее меновой ценностью: но как меновая ценность может произвести богатство?

Маркс, помимо прочих упущений, не рассматривал предполагаемый будущий период времени. Он, как и прочие «физические» экономисты, считал, что ценность является сбереженным — с прошедшего периода времени — трудом. Однако ценность лежит в будущем. Владение ценностью есть наличествующее в настоящем право на ожидаемую меновую ценность вещей, и именно это право обладает ценностью при обмене в настоящем.

Такова же и точка зрения предпринимателя на свою собственность и капитал. Когда суды осуществляли переход от собственности на вещи к собственности на ожидаемую покупательную способность вещей, они следовали практикам бизнеса. «Активы» и «пассивы» коммерческого предприятия суть не что иное, как текущие ожидаемые меновые ценности его собственности и его долгов на предполагаемых рынках. Собственность есть все то, что можно купить и продать. Активы есть текущие меновые ценности вещей и производных от этих вещей, которые можно продать в будущем, а пассивы — это существующие в настоящем активы других лиц.

Активы, т.е. «нематериальная» собственность, включают все то, что может быть продано. Они включают в себя товары, такие как земля и строения, основной капитал, материалы и запасы. Они включают в себя наличные и банковские депозиты. Они включают в себя действующие договоры, заемные средства, акции и облигации других компаний, патенты, авторские права, торговые марки и даже «гудвилл» предприятия. Пассивы — это активы, принадлежащие другим людям. Они включают в себя все требования на активы лица, которые должны быть оплачены в будущем, равно как и все прочие возможные потери активов. Они включают в себя залладные и векселя, долги по займам, расходы на заработную плату, налоги, акционерный капитал, принадлежащий акционерам, и даже ожидаемые риски, снижающие ценность активов.

Следует отметить несколько фактов. Активы и пассивы — это статьи, в результате сложения и вычитания которых получаются чистые активы, и эти активы и пассивы оцениваются в соотношении с двумя различными рынками. Оба эти рынка — в будущем (ближайшем или отдаленном). Один — это несколько ожидаемых товарных рынков (недвижимости, оборудования и других физических продуктов). Другой — это ожидаемый денежный рынок, или, говоря более точно, рынок долгов, где создается, продается и покупается «невещественная» собственность, заключающаяся в отношениях между должником и креди-

тором (таких как долговые обязательства, банковские депозиты, векселя и облигации). Эти рынки довольно различны. Товарные рынки имеют место в каждом магазине, на каждой фабрике, складе, железной дороге — везде, где товары и услуги покупаются, складируются, увеличиваются и продаются. Денежный рынок имеет место преимущественно в коммерческих банках, где покупаются, страхуются, передаются и продаются обещания заплатить за товары оговоренную *цену*. Денежный рынок — это точное воспроизведение или отражение цен, установившихся на товарном рынке, и данное обстоятельство ведет к распространенной ошибке (которую совершил и МакЛеод), заключающейся в том, что одну и ту же вещь считают дважды: на ожидаемом товарном рынке и на ожидаемом денежном рынке.

Имеется и третий класс активов, занимающий особое положение между товарами и долговыми обязательствами, а именно особый случай «нематериальной» собственности, к которой относятся патенты, авторские права, торговые марки, гудвилл, репутация предприятия, хорошая кредитная история, право на продолжение бизнеса, право входа на рынок труда, на товарный и денежный рынки; все таковое обладает ценностью в настоящем, основой для которой являются ожидаемые сделки купли-продажи, получения и выдачи кредита, найма и увольнения. Их ценность — это просто *меновая ценность* как таковая, то самое, что имел в виду Карл Маркс, когда говорил о капиталисте как о владельце меновой ценности. Это — те права входа на рынки, которые сыграли свою роль и были названы «свободой» в делах о скотобойнях и в деле Олгейера; и это те права на свободу, которые теперь известны как «нематериальная» собственность, отличная от «невещественной» собственности. «Невещественная» собственность — это долговые обязательства, «вещественная», или «материальная», собственность — это материальные вещи, но «нематериальная» собственность — это меновая ценность вещей и долговых обязательств.

Именно этот третий класс активов, т.е. «нематериальная» собственность, придает значимость другому примечательному различию, различию между ценностью активов, реализуемых порознь на товарном и денежном рынках, и ценностью действующего бизнеса как единого целого. Если бизнес обанкротился и перешел в руки временных управляющих или же был ликвидирован, то все активы распродаются порознь, и каждый из них обладает «реализованной» стоимостью на товарном и денежном рынках, которая может отличаться от их ожидаемой меновой ценности, известной как «балансовая стоимость». Но если бизнес — это «действующий бизнес», то либо продается и покупается он сам как единое целое, либо продаются и покупаются его акции и обязательства, но, опять-таки, как доли в доходе, который ожидается у предприятия как

единого целого. Только *действующее предприятие* обладает ценным «гудвиллом» или хорошей репутацией, а потому таковое — особый нематериальный актив.

Это различие между нематериальной собственностью, или активами, которые могут продаваться отдельно от действующего бизнеса, и тем особым активом, «гудвиллом» действующего бизнеса как единого целого, требует проведения различий во владении активами. Одна корпорация может владеть акциями и облигациями другой корпорации. Для первой корпорации эти акции и облигации являются нематериальной собственностью, или активами, — настолько, насколько они обладают текущей меновой ценностью на денежном рынке или на рынке инвестиций. Но для второй корпорации, если рассматривать ее как единицу, отличную от ее акционеров, эти акции и облигации являются пассивами: в качестве таковых они суть права акционеров на ожидаемую чистую прибыль корпорации, как только она определена.

И вот эта ожидаемая чистая прибыль второй корпорации может быть столь велика, что совокупная ценность ее акций и облигаций превысит совокупную ценность всех материальных, невещественных и нематериальных активов, если продавать их порознь. Как отчитаться об этой избыточной ценности? Это можно сделать при помощи разводнения акционерного капитала или выпуска дополнительных облигаций. Но поскольку акции и облигации являются пассивами, то корпорация должна будет показать в другой части баланса некие активы, равные этому увеличению количества акций и облигаций. Сделать это можно одним из двух способов: либо через переоценку других активов, либо через занесение в баланс «гудвилла» или чего-либо подобного, оцениваемого сообразно этой разнице между совокупностью других активов и непогашенной эмиссией акций и облигаций. Но «гудвилл» — это нематериальный актив особого рода, зависящий от постоянства в получении чистой прибыли, и по этой причине он, судя по всему, не может быть занесен в баланс⁸. Поэтому его обычно скрывают при помощи завышения стоимости других активов. Но в любом случае, независимо от того, появляется или не появляется «гудвилл» в бухгалтерских записях, он есть именно нематериальное ожидание чистой прибыли действующего бизнеса как единого целого, которое определяет совокупную ценность его акций и облигаций на рынке. Если в отношении предприятия таковых ожиданий не имеется, то совокупная ценность его акций и облигаций может опуститься даже ниже ценности других активов; в этом случае предприятие становится банкротом, и его другие активы, возможно, должны быть распроданы порознь и, таким образом, реализованы на рынках. Следовательно, когда

⁸ Ср.: *Esquerre P.J. The Applied Theory of Accounts. 1917. P. 224-250.*

происходят покупка и продажа акций и облигаций предприятия, продается и покупается именно этот нематериальный актив — «гудвилл» действующего предприятия, заключающийся в ожидании чистой операционной прибыли. Акции и облигации — по сути, лишь притязания на его ожидаемую чистую операционную прибыль.

Следовательно, у нас имеются два взаимопересекающихся понятия активов. Одно из них — это понятие материальных, нематериальных и невещественных активов, которыми обладает предприятие; другое — это понятие совокупной ожидаемой чистой операционной прибыли, на которую претендуют акционеры и держатели облигаций. Но даже эта ожидаемая чистая операционная прибыль есть не что иное, как остаточная часть валового дохода, полученного предприятием как целым. Этот валовой доход предприятие получает день за днем, а затем он, с различными интервалами, становится валовым доходом каждого члена предприятия сообразно его участию. Он становится валовым доходом для каждого наемного рабочего в виде заработной платы, для каждого служащего и управляющего — в виде жалованья, для каждого держателя облигаций и кредитора — в виде процентов и основной суммы долга, если она погашается, а для акционеров — в виде дивидендов. Все они сходны друг с другом в том, что каждый такой участник претендует только на долю валового дохода. Каждый из них — не более чем кредитор действующего бизнеса как единого целого, в то время как действующий бизнес как то же самое единое целое — дебитор. Даже акционеры — как индивиды — не обладают отдельными активами бизнеса (землями, строениями и нематериальными активами, принадлежащими корпоративному целому) до тех пор, пока они не распределяются сообразно обязательствам предприятия перед теми или иными участниками.

Точно так же тот факт, что ожидаемая чистая операционная прибыль предприятия после вычета процентов по задолженности принадлежит акционерам, не свидетельствует в пользу того, что действующее предприятие существует только в лице собственников, но не в лице рабочих, служащих, держателей облигаций и иных инвесторов. Акционеры — просто вторичные, или «остаточные», претенденты на валовой доход, в то время как другие, начиная с наемных сотрудников, являются первоочередными претендентами. Следовательно, «гудвилл» предприятия — это «гудвилл» не одних только акционеров: он является «гудвиллом» всех участников и позволяет им всем вместе получать валовой доход как в целом, так и индивидуально. Акционеры владеют остаточным «гудвиллом», поскольку все прочие получают свою долю общего «гудвилла» до того, как акционеры получат свою. Ценность «гудвилла» неотделима от ценности действующего предприятия, но только ценность остаточного «гудвилла» (и никакая другая) может быть капитализирована и войти в ценность акций, которыми владеют акционеры.

Поэтому чистый доход предприятия, принадлежащий акционерам, есть не что иное, как часть валового дохода, принадлежащего бизнесу, и в экономическом аспекте не отличается от других частей. Все они несут в себе отношение частей к целому. Части могут покупаться и продаваться отдельно — предприятием и участниками. Валовой доход как целое заключается в сделках, посредством которых продаются и покупаются части. Поскольку ожидаемый валовой доход есть не что иное, как ожидаемые прибыльные сделки по покупке и продаже частей, которые составляют движущий процесс обладания им, мы будем называть его действующим бизнесом действующего предприятия. Предприятие «владеет» своим действующим бизнесом в том смысле, что оно владеет свободой продолжать бизнес благодаря доступу на рынки, и оно «владеет» своим валовым доходом в том смысле, что его совет директоров обладает властью приобретать, использовать и распоряжаться валовым доходом. Но как только валовой доход распределен в соответствии с текущими приоритетами, остаточный чистый доход, как он определен советом директоров, становится не активом предприятия, но его обязательством по отношению к акционерам.

Следовательно, действующее предприятие обладает двумя типами активов: материальными, невещественными и нематериальными активами, которые являются частью целого, и действующим бизнесом, который есть не что иное, как все ожидаемые сделки, посредством которых части покупаются, продаются и распределяются между различными участниками. Все эти части равны целому, неважно, сколь большому или малому, поскольку остаточная часть, принадлежащая акционерам, является не более чем разницей между совокупностью других частей и валовым доходом от целого. И именно ожидаемый валовой доход предприятия как целого конституирует «жизнь, лежащую в его основе», «жизнь, которая несоизмеримо эффективнее», чем все его материальные активы⁹.

Эти активы, взятые порознь или как действующий бизнес, обладают одной общей чертой: все они являются наличествующими в настоящем правами на ожидаемые меновые ценности на ожидаемых товарных и денежных рынках. И поскольку ожидаемая меновая ценность есть возможность определять количество других объектов при обмене, активы являются по своей сути текущей ценностью ожидаемой покупательной способности вещей, которыми владеют и которыми пользуются в настоящем. Следовательно, обладание меновой ценностью — это более чем обладание только меновым отношением — это обладание ожидаемой покупательной способностью, применительно к которой каждое из этих ожидаемых меновых отношений является мерой уровня этой возможности.

⁹ См. главу II, с. 27.

Но даже эта ожидаемая покупательная способность имеет значение только тогда, когда руководство бизнеса планирует выход на рынки и активное участие в сделках купли-продажи. Поэтому значение понятия «собственность» — если говорить о значении собственности в качестве активов — предполагает сдвиг от вещей к *ожидаемой покупательной способности* вещей при посредстве *предполагаемых сделок* на товарных и денежных рынках. Точно так же происходит и сдвиг в значении понятия «капитал»: от материальных вещей к текущей ценности ожидаемых приобретений, которые должны осуществляться через покупательную способность, доступную для использования в качестве ожидаемой рыночной власти на товарных и денежных рынках. Таким образом, у нас имеется четыре различных понятия, вовлеченных в эти сдвиги в значениях понятий «собственность» и «свобода».

Первое — это понятие материальных вещей, которые «физические» экономисты называли товарами или капиталом; их источник — в сэкономленном труде прошлого. Но поскольку в современной экономике таковое — процесс, а не вещь, то мы охарактеризуем его как действующее предприятие¹⁰.

Второе — это понятие активов и пассивов, нематериального аспекта товаров и ценных бумаг, которые имеют свое основание в будущем и заключаются в ожиданиях продаж или чистого дохода на предполагаемых рынках и которые как *предприниматели*, так и некоторые современные экономисты называют «капиталом», «капитализацией» или «ценностью».

Третье — это ожидаемые расход и приход, выраженные в деньгах, т.е. в покупательной способности, или возможности приобретения на предполагаемых товарных рынках и рынках ценных бумаг, и приносящие прибыль, убыток или чистый доход; именно их принимает в расчет бухгалтер, и именно они в тот или иной момент времени появляются в балансе в качестве активов и пассивов.

Четвертое — это ожидаемое единство всех будущих сделок купли-продажи, заимствования и кредитования, аренды, возвращения долгов, найма на работу и увольнения, формирующее ожидаемую деятельность действующего предприятия, с его «гудвиллом», лицензиями и другими рыночными возможностями и с погашением его долгов. Эта серия сделок и есть действующий бизнес, развертывающийся вместе с действующим предприятием от настоящего момента времени, где активы и пассивы измерены, а прошлое производство физических товаров завершено, к будущему, в котором расход и приход только ожидаются.

Эти четыре понятия тесно переплетены между собой как вещи, оценка вещей и основания для их оценки. Вещи — это все то, что можно ку-

¹⁰ См. раздел 6 этой главы, с. 201.

пить и продать; активы и пассивы — это их оценка, т.е. их капитализация и основанные на них ожидания; основания для таковой их оценки — это ожидание того, что другие вещи будут приобретены благодаря им как приход или утрачены из-за них как расход, а также предполагаемые сделки, при помощи которых будут приобретены или отданы другие вещи.

Эти четыре значения понятий «собственность» и «свобода» являются неотделимыми атрибутами капитализма, и мы будем различать их обычно как:

- 1) действующее производство, приобретающее, производящее и распределяющее товары и ресурсы;
- 2) ожидания, активы и пассивы, капитализация, или текущая ценность;
- 3) покупательная способность, возможность приобретения, бизнес-ресурсы, или цены и
- 4) действующий бизнес, сделки, рыночная власть.

Эти четыре значения ради определенных целей могут быть сведены к двум: ожиданиям и упованиям. Ожидания — это наличествующие в настоящем активы и пассивы; упования — это вещи, которые ожидают получить в обмен, ожидаемая покупательная способность и рыночная власть. Следует отметить, что при таком делении различия между ожиданиями и упованиями практически подобны различию между «капиталом» и «доходом», которое проводил Ирвинг Фишер. Но там, где он говорит о капитале как о «фонде» капитала, эквивалентном капитализации, мы говорим не о «фондах», но об ожиданиях, активах и пассивах, или капитализации, а там, где он говорит — с точки зрения бухгалтера — об ожидаемых поступлениях или чистом доходе в денежном выражении, мы говорим — с точки зрения юриста и предпринимателя — об упованиях, которые заключаются в ожидаемых сделках действующего бизнеса, определяющих валовые издержки, валовой доход и чистый доход.

Этот сдвиг в значении термина «собственность» (от вещей — к капитализации вещей как активов и пассивов) есть сдвиг от характерного для общего (или феодального) права понимания собственности как физических вещей, которыми владеют ради собственного использования, к характерному для коммерческого права пониманию собственности как покупательной способности, меновой ценности, возможности приобретения, или цен, действительных в данном бизнесе. Это — различие между капиталом и капитализацией, между вещами и активами, между вещами, которыми владеют, и возможностью приобретения, присущей вещам, которыми владеют, между потребительской ценностью и меновой ценностью, между *Eigenthum* и *Vermögen*. Первое — это вещи; второе — это покупательная способность вещей. Но покупательная способность — это больше, чем пассивный приход и расход: это активное волевое приобретение дохода. Покупательную способность создает процесс сделок,

а процесс сделок — это действующий бизнес. Сдвиг в значении понятия «собственность», следовательно, есть переход от собственности на вещи одновременно и к собственности на ожидаемое приобретение, владение, умножение и продажу вещей и к свободе во всем указанном; и все такое, как было сформулировано в деле Олгейера, является «неотъемлемыми частями» «прав на собственность и свободу, гарантируемых Четырнадцатой поправкой».

4. ОЦЕНКА, ПРОПОРЦИОНАЛЬНОЕ РАСПРЕДЕЛЕНИЕ И ОПРЕДЕЛЕНИЕ ВМЕНЕННОЙ ЦЕННОСТИ

Мы увидели, что меновое отношение измеряет уровень возможности в том смысле, что является сопоставлением реальных издержек, или расхода, с реальной ценностью, или приходом, которые присущи любой сделке. В данном случае сделка совершается между двумя противостоящими друг другу лицами — продавцом и покупателем.

Однако в бизнесе каждый индивид является *как продавцом, так и покупателем*. Его чистый доход образуется в результате по меньшей мере двух сделок, относящихся к одному и тому же товару, проходящему путь от первичного производителя к конечному потребителю. Как у покупателя расход индивида вычитается из его активов, так у продавца его приход является добавлением к его активам. Чистый доход от его покупательной способности есть, таким образом, добавление к его активам, измеряемое разницей между его расходом и приходом в денежном выражении. Таковое мы можем определить как *норму рентабельности*. Некто платит продавцу за данный товар 1,50 долл., и продает его потребителю за 2,50 долл. Его чистый доход, добавленный к активам, — 1 долл., а норма рентабельности этих двух сделок составляет 1 долл. к 1,50 долл., или 1 к 1,5, или 66%.

Такая пара сделок может, конечно, повторяться и, таким образом, стать непрерывным *потоком* тождественных сделок. Тогда чистый доход является *чистым операционным доходом*, разбиваемым на некие единицы времени, например на годы, и определяется на данный период времени разницей между валовыми операционными издержками и валовым операционным доходом. Норма рентабельности в этом случае потока тождественных сделок остается той же: операционные издержки за год, скажем, равны 150 000 долл., а операционный доход за год — 250 000 долл.; таким образом, чистый доход составляет 100 000 долл., при той же норме рентабельности — 66%.

Приведенное выше объяснение нормы рентабельности имеет определенное приложение в любом бизнесе по следующим двум основаниям. Оно относится к потоку тождественных сделок, а не к потоку *соразмерных*

сделок; и это утверждение касается в первую очередь производства, а не капитализации. Последнее обозначает скорее норму прибыли, чем норму рентабельности. Это различие станет более понятным из следующего.

Бизнес действующего предприятия является, безусловно, не потоком тождественных сделок, а постоянным установлением и изменением пропорций большого числа ограничивающих и комплементарных факторов, т.е. тем, что Карл Маркс называл «органическим строением» капитала. Управляющий не покупает и не продает единственный вид товара, но определяет пропорции затрат на труд и материалы, различные по цене и типу, для того, чтобы соразмерить продажи различным классам покупателей. По этой причине отношение между операционным доходом и издержками важно с точки зрения производства тем, что его снижение предупреждает об опасности, а его повышение подтверждает правильность политики управляющего. При допущении, что цены остаются теми же, это предупреждение привлекает внимание к возможно неправильному определению пропорций факторов, т.е. к потерям, а изменение по возрастающей указывает на то, что управляющий добился лучших пропорций, т.е. экономии. Наилучшие пропорции (при том, что рынки остаются теми же) приносят максимальный чистый доход; наихудшие пропорции приводят к его потере.

Каким бы ни был чистый операционный доход, он превращается в процессе капитализации из *нормы рентабельности* в *норму прибыли*. Допустим, что, как в вышеприведенном примере, чистый операционный доход составляет 100 000 долл, в год и в будущем его предполагается увеличить; тогда этот чистый операционный доход может покупаться или продаваться точно так же, как любая часть материальной собственности. Он является не материальной собственностью, а ожидаемыми развитием и организацией действующего предприятия. Может получиться так, что с ним будет связана относительно незначительная материальная собственность (например, в случае «гудвилла» адвокатской фирмы). Однако независимо от того, сколь велика или мала материальная собственность, то, что реально продается и покупается в процессе капитализации, — это ожидаемый контроль над ожидаемыми возможностями, способностями и организацией действующего бизнеса.

Предположим, что вышеуказанный доход 100 000 долл, ожидается в течение неопределенного времени в будущем. Затем он капитализируется с целью продажи и покупки действующего бизнеса. Процесс прост и хорошо известен. «Упование» становится «активами». То, что продается и покупается, — это текущее ожидание чистого дохода в денежном выражении. Имеется два подходящих, хотя и произвольно избираемых, варианта описания этого процесса. В одном случае утверждается, что текущая ценность предприятия как активов — это некое *произведение*

его *годовой ценности*. Годовая ценность — это годовой чистый операционный доход. Если текущая ценность, как предполагают, равняется 10 годовым ценностям, т.е. величине дохода за 10 лет, то совокупные активы, или капитализация предприятия, составляют 1 000 000 долл. Если же предполагается, что она равняется величине дохода за 20 лет, то активы равны 2 000 000 долл. Или же, иначе, можно сказать, что бизнес капитализирован по ставке 10% в случае величины дохода за 10 лет, или по ставке 5% в случае величины дохода за 20 лет.

Оба эти варианта описания подразумевают одну и ту же вещь. Но в первом случае она представлена в форме математической суммы, текущего сложения всех ожидаемых добавлений к активам в течение всего ожидаемого периода времени. А во втором случае она представлена в форме *годовой нормы прибыли*, произведения ожидаемого добавления к активам в течение произвольно взятого отрезка времени, т.е. в течение года. Один метод — это обратная сторона другого. Один — это ожидание дохода, второй — это сам доход, упование. Если покупатель платит сумму в размере, который в 10 раз превышает годовую ценность, то ожидаемая норма прибыли за год составляет U_{10} , или 10% от уплаченной суммы. Если он платит сумму в размере дохода за 20 лет, то ожидаемая норма прибыли за год составляет U_{20} , или 5% от уплаченной суммы. То, что он реально покупает, — это ожидаемый чистый доход, исчисляемый в одном случае *суммой* нескольких ожидаемых годовых доходов, а в другом — *отношением* одного из этих годовых доходов к данной сумме. И это отношение, поскольку в него наряду с измерением количества включено измерение времени, обоснованно именуется *нормой прибыли*, в каковой форме оно потом может использоваться для расчета *объема* прибыли для каждого искомого периода времени.

Заключение, которое можно вывести из этого довольно элементарного объяснения того, что происходит в процессе капитализации, несколько затемняют два различных материальных понятия капитала и собственности. Каждое из них представляет капитал как нечто фиксированное, как бы заранее заданное, твердо установленное, как, например, здания и земли. Дж.Б. Кларк говорил о капитале как о «фонде ценности», переходящем с объекта на объект, но всегда являющемся чем-то вроде заранее заданной материальной сущности; при этом процент (или прибыль) является *долей* этого фонда, зависящей от объема прибыли, которую приносит фонд¹¹. Но если прибыль является *долей* от объема капитала, то тогда капитал есть лишь *произведение* объема прибыли. Так, если, как в вышеприведенном примере, норма прибыли составляет 10%,

¹¹ Clark J.B. Distribution of Wealth. 1908 ed. P. 119.

а объем прибыли равен 100 000 долл., то тогда «объем» капитала равен $10 \times 100\,000$, или 1 000 000 долл. Если же норма прибыли составляет 5%, а объем прибыли сохраняется в размере 100 000 долл., то тогда «объем» капитала равен 2 000 000 долл. Так называемый «фонд» капитала есть не фонд, но ожидание, и в действительности ценность определяется не «фондом» заранее установленного капитала, а ожиданием будущей рыночной власти. «Капитал» Кларка на самом деле является *активами*, или ожиданием дохода от вещей, а не самими материальными вещами; и как таковой капитал не «истекает» наподобие реки из прошлого, а затем аккумулируется в «водоеме» как «фонд»: его «капитал» является текущей ценностью ожидаемых возможности и власти на товарных и денежных рынках. Материальные вещи, безусловно, «истекают» из прошлого и обретаются в настоящем, но они не являются активами бизнеса, если только с ними не связаны ожидания экономической возможности и власти в будущем.

Ирвинг Фишер, в свою очередь, полностью соглашался с тем, что «капитал» является текущей ценностью ожидаемого чистого дохода, но его примитивное понятие собственности как материальной вещи, которой владеют ради собственного использования, привело Фишера к приписыванию источника этого дохода к материальным вещам. И поскольку материальные вещи — это клиенты, он пришел к логичному заключению, что предприниматель владеет своими клиентами¹². Равным образом Веблен, отталкиваясь от идеи владения материальными вещами, пришел к выводу о том, что предприниматель владеет своими наемными работниками¹³. Но современный капитал является капиталом не в материальном, но в поведенческом смысле. Поведение — это ожидаемые сделки на товарных и денежных рынках. Это — не вещественная, но невещественная и нематериальная собственность. Она называется «активами», меновой ценностью вещей, а активы являются ожидаемыми добавлениями к доходу, который предполагается получить не от материальных вещей, а от ожидаемых прибыльных сделок с лицами, которыми не владеют.

А как же тогда материальные вещи, земля, здания, оборудование, материалы, которые кажутся подлинной сущностью богатства, капитала и собственности? Мы должны проводить различие между титулом собственности и сущностью собственности. Если я владею каким-то имуществом, а некто еще владеет чистым доходом с этого имущества, то

¹² Fisher I. The Nature of Capital and Income. 1906. P. 5, 67, 68; Commons J.R. Political economy and Business Economy // 22 Quar. Jour. Econ. 1907. P. 120.

¹³ Veblen T. The Theory of Business Enterprise. 1904. P. 18; The Place of Science in Modern Civilization. P. 339 ff.

у меня есть лишь пустая сумка, а этот некто забирает себе ее содержимое. Вещи — это не сущность; ожидаемое поведение — вот сущность вещей. Современная промышленность легко приспособилась к этому различию. Акции и облигации корпораций являются свидетельствами обладания не материальными вещами, но остаточными долями в ожидаемом чистом доходе. Сами корпорации стали «составными лицами», и эти искусственные (юридические) лица действительно владеют физическими вещами (титулы), но их остаточный чистый доход (сущность) как покупательная способность на товарных и денежных рынках распределен между акционерами и держателями облигаций в соответствии с заранее оговоренными правилами распределения. Акции и облигации являются обременениями для корпорации, классифицированными соответственно приоритетам, и должны поглощать весь ожидаемый «чистый операционный доход» корпорации после того, как работники, снабженцы и все прочие поглотят операционные издержки.

Если мы примем, что в вышеприведенном примере чистый доход, равный 100 000 долл., разделен на две части, из которых держатели облигаций имеют первоочередное право на 20 000 долл., а акционеры — на остаточные 80 000 долл., то совокупная наличная ценность, или капитализация этого чистого дохода, равным образом разделяется между обладателями этих типов обременений. Капитализированная по ставке 5%, или определенная как величина дохода за 20 лет, годовая доля держателей облигаций в размере 20 000 долл. стоит 400 000 долл., и если совокупная ценность составляет 1 000 000 долл., то доля акционеров — это оставшиеся 600 000 долл., а если совокупная ценность составляет 2 000 000 долл., то остаток акционеров будет равен 1 600 000 долл.

То же самое можно сказать и о некорпоративном бизнесе. Закладная — это первоочередное обременение на чистый доход фермы, а фермерский титул собственности имеет ценность только в размере того остатка, который в Америке называют «собственными средствами». Владелец закладной и кредитор по закладной разделяют между собой ожидаемый чистый доход, а совокупная текущая ценность фермы есть не что иное, как ценность закладной плюс ценность собственных средств.

Отсюда видно, что хорошо известная проблема двойного налогообложения, равно как и курьезные теории Маркса, МакЛеода и Кларка, демонстрируют пережитки примитивного понимания собственности и капитала. Ферма — это материальная собственность. Как представляется, она обладает материальной ценностью. Фермер облагается налогом на эту совокупную материальную ценность. Но закладная также является «фондом» ценности, который, как представляется, обладает отдельным существованием. Он также облагается налогом как допол-

нительная ценность. Тем не менее ясно, какова ситуация на самом деле. Закладная — это приоритетное требование, а «собственные средства», или титул собственности, являются остаточным требованием на ожидаемый чистый доход фермы. Совокупная ценность закладной и титула есть не что иное, как текущая ценность ожидаемого чистого дохода, и это, в свою очередь, есть не что иное, как ожидаемое использование возможности, способности и расчетливости со стороны того, кто управляет фермой.

В каждом из этих случаев — как в случае корпоративного, так и в случае некорпоративного бизнеса — титул собственности на материальный объект есть не что иное, как один из возможных способов (и не всегда лучший) придания надежности собственности на ожидаемый чистый доход. Это всего лишь сумка, которая может как содержать что-то, так и быть пустой.

Материальный капитал (плодородие почвы, здания, оборудование) низводится, таким образом, до уровня сырья и не отличается при этом от других его видов — разве что тем, что его видимая жизнь несколько длиннее. Действительно, в чем разница между кучей угля, сотней бушелей картофеля или запасом готовой продукции, которые будут употреблены бизнесом в течение месяца или года, и машиной, которая будет функционировать в течение 10 лет, или зданием, которое простоят 20 лет, или плодородием почвы, которого хватит лет на 30? Все таковое не более чем сырье для человеческого труда. Все таковое должно возобновляться человеческим трудом. *Расход* кучи угля или мешка картофеля экономически не отличается от *амортизации* машины или здания или *истощения* почвы. Все таковое является сырьем, расходуемым быстро или постепенно, и все таковое равным образом входит в соответствующей пропорции в совокупный продукт действующего предприятия и становится его неразличимой частью.

Именно действующее предприятие координирует использование нескольких видов сырья в том, что мы определили как действующее производство. Каждый из этих видов сырья в процессе превращения в готовый к использованию конечный продукт является как ограничивающим, так и комплементарным фактором. Сырье, оборудование, земли являются частями, действующее производство — целым.

Тем не менее эти различия требуют подобающей классификации активов. Как отмечалось выше, мы можем провести различие между двумя типами активов, принадлежащих действующему предприятию: это частичные и совокупные активы. Частичные активы включают три различных типа. Первый — это *вещественные активы*, или «материальные ценности», которые состоят в ценностях различных видов сырья, взятых

порознь, или в ценности действующего производства как целого, рассматриваемого в качестве действующего материального механизма, производящего продукцию на продажу. Таковое обычно обозначается (сообразно подходящему солицизму) как материальные или вещественные ценности, поскольку является меновыми материальных вещей, которые определяются на нескольких товарных рынках.

Второй тип — это *невещественные активы*, ценности векселей, банковских депозитов, акций и облигаций иных корпораций и подобных обременений других предприятий, которыми обладает данное предприятие. Таковое, согласно сходному искажению понятия «собственность», может быть обозначено как *невещественная ценность*, поскольку его ценность определяется на рынке ценных бумаг и на денежном рынке.

Третий тип — это ценность остаточного «гудвилла», лицензий, патентных прав, торговых марок и тому подобных возможностей, которыми владеет предприятие. Они могут быть определены как *нематериальные активы*, или *нематериальные ценности*.

В каждом из этих случаев оценки частичных активов оценки делаются не ради капитализации совокупного ожидаемого чистого дохода и не с целью пропорционального распределения чистого операционного дохода между акционерами и держателями облигаций, но для вменения части ценности отдельным источникам, из которых происходит чистый доход.

Таким образом, мы имеем три цели оценки, которые можно определить как *собственно оценку*, *пропорциональное распределение* и *определение вмененной ценности*. Целью *собственно оценки* является капитализация, или наличная оценка совокупного ожидаемого чистого операционного дохода. Она устанавливает ценность действующего бизнеса в целом. Целью пропорционального распределения является распределение — в соответствии с приоритетами — ожидаемого чистого операционного дохода среди акционеров и держателей облигаций. Целью определения вмененной ценности является установление *источников* чистого дохода. Все таковое — не что иное, как обусловленные различными целями различные взгляды на одни и те же вещи. Основной целью собственно оценки является установление отношения между активами и доходом, ожидаемым от активов; попутной целью становится пропорциональное распределение остаточного дохода среди держателей облигаций и последующее распределение ценности капитала, или совокупных активов, среди акционеров. Но для целей покупки, продажи или регулирования бизнеса как единого целого со стороны государства допускается вменение части ценности ее источникам.

Различия между этими тремя целями оценки можно, используя приведенные ранее цифры операционных издержек и дохода, представить следующим образом:

1. Оценка

| Ожидание | Капитализация |
|--|---|
| Валовой операционный доход 250 000 долл, в год | |
| Валовые операционные издержки | 150 000 долл, в год |
| Чистый операционный доход | 100 000 долл, в год 1 000 000 долл, (при 10%) ¹⁴ |

2. Пропорциональное распределение

| Ожидание | Капитализация |
|--|----------------------------|
| 20 000 долл, держателям облигаций..... | 400 000 долл, (при 5%) |
| 80 000 долл, акционерам..... | 600 000 долл, (при 13 Уг%) |
| 100 000 долл, чистый доход..... | 1 000 000 долл, (при 10%) |

3. Определение вмененной ценности

| | |
|--|-----------------------|
| Материальная ценность (действующее производство, товарные рынки)..... | 700 000 долл. |
| Невещественная ценность (обременения, денежные рынки)..... | 100 000 долл. |
| Нематериальная ценность (возможности, денежные рынки) | 200 000 долл. |
| | <hr/> 1 000 000 долл. |

5. ПРАВИЛО ЕДИНСТВА

Если такая вещь, как действующее предприятие, реально существует отдельно от физических вещей, то отказ в его признании есть нарушение справедливости. В деле *Adams Express Company*¹⁵ Комитет по налогам штата Огайо оценил с целью налогообложения собственность компании в 444 377,60 долл, (капитализация), в то время как ценность ее материальной собственности на территории штата составляла только 23 400 долл, (вмененная ценность). Комитет принял во внимание ценность всех акций и облигаций компании, объединив их в одно целое под общим названием «нематериальная собственность», и распределил в пользу Огайо часть этой ценности пропорционально длине линий сообщения, проходящих по территории штата. Компания оспорила это решение, причем на ее сторону встали четверо из судей Верховного суда, которые указали, что единственной «собственностью», которой компания обладала в штате Огайо, были лошади, повозки, сейфы и тому подобное материальное движимое имущество, и что все таковое должно оцениваться порознь

¹⁴ Конечно, цифра капитализации была бы иной, если бы иной была процентная ставка на денежном рынке.

¹⁵ *Adams Express Co. v. Ohio*. 165 U.S. 194. 1897; повторное слушание — 166 U.S. 185. 1897.

в соответствии с обычной практикой; кроме того, так называемая «нематериальная собственность» есть не что иное, как «навыки, усердие, точность и успех», «репутация и гудвилл» компании, которые не являются собственностью; кроме того, нет никакого «единства» между лошадьми и повозками компании в Огайо и в Нью-Йорке или в каком-нибудь другом штате, кроме разве что «единства владения собственностью»; кроме того, если в случае телеграфной или железнодорожной компании имеется физическая связь между физическим оборудованием во всех штатах, то в случае компании по доставке грузов единство лошадей и повозок в Огайо и в Нью-Йорке является не более чем «интеллектуальной фикцией», «метафизическим или интеллектуальным отношением», «воображаемой вещью». Единственной собственностью, «обладающей внутренней ценностью», является материальная собственность.

Тем не менее судейское большинство постановило, что в данном случае имеет место не физическое единство и не единство владения-собственности, но «единство пользования», которое и придает ценность названным отдельным единицам материальной собственности. «Рассматриваемые как отдельные объекты налогообложения, лошади, конечно, остаются лошадьми, повозки — повозками, сейфы — сейфами, мешки — мешками; тем не менее как лошади, повозки, сейфы и мешки могут стоить 23 430 долл. и приносить при этом годовой доход в 275 446 долл.» (165 U.S. 222). «Всякий раз, когда отдельные единицы материальной собственности объединяются не просто единством собственности, но и единством использования, довольно часто возникает собственность, которую, вероятно, можно назвать «нематериальной», чья ценность превышает совокупную ценность отдельных единиц материальной собственности» (166 U.S. 219). «Если штат вносит в свою систему налогообложения всю собственность, то гудвилл организованного и занимающего прочное положение предприятия может рассматриваться как вещь, обладающая ценностью» (166 U.S. 221).

В этом мнении суда фиксируется завершение длившегося около 50 лет перехода в значении понятия «собственность»: от материальной собственности, находящейся во владении индивидов, к действующему бизнесу, которым владеет действующее предприятие. Материальная собственность, за исключением физического оборудования, исчезает, и ее место как собственности занимают личные отношения продавца и покупателя, заемщика и займодавца, начальника и подчиненного, суверенной власти и корпорации. «В такой сложной цивилизации, как современная, — утверждает суд, — значительная часть богатства общества заключена в нематериальной собственности... Не имеет значения, в чем именно такая собственность состоит, — в привилегиях, корпоративных

лицензиях, договорах или облигациях. Достаточно того, что эта собственность, хотя она и нематериальна, существует, обладает ценностью, приносит доход и признается на мировых рынках» (166 U.S. 219).

Важнейшие этапы указанного перехода в понятии «собственность» можно, в первом приближении, обозначить следующим образом. Изначально отдельные единицы собственности перечислялись, а их ценности складывались: составлялся перечень недвижимости и товаров, и они облагались налогом как собственность корпораций, а акции и облигации — как нематериальные объекты на руках акционеров и держателей облигаций.

С другой стороны, налог на преимущественное право, или франшизный налог корпораций, сперва устанавливался произвольно, без точного расчета ценности. Затем стали предприниматься разнообразные попытки обложить налогом ценность лицензий. В отношении банков, державших правительственные облигации, которые не облагались налогами, в 1865 г. было установлено¹⁶, что облигации не должны облагаться налогами в том случае, если облагается налогами акционерный капитал банка, хотя *ценность* этого акционерного капитала частично зависела от дохода, получаемого от необлагаемых налогом правительственных облигаций. Доход от всех отдельных статей поступает в некое общее казначейство, и именно этот чистый доход сообщает единство и ценность акционерному капиталу, отличному от таких статей, как правительственные облигации, которые приносят доход. Согласно федеральному закону правительственные облигации не могли включаться в список налогооблагаемой собственности как отдельные статьи, но текущая ценность ожидаемого дохода, получаемого от них, могла облагаться налогом как единое целое вместе с другим доходом.

Подобные результаты были в конце концов достигнуты и в налогообложении железнодорожных корпораций. Валовой доход железной дороги частично состоял из отдельных статей выручки, полученной от платы за перевозку грузов. Но если бы налог на привилегию или на лицензию налагался непосредственно на отдельные грузоперевозки, на статью за статьей, то это был бы налог на междущатную торговлю грузоотправителя. Однако в 1891 г. было установлено¹⁷, что если налогом облагается валовой доход как единое целое, пусть даже он получен от тех же самых грузоперевозок, он не ограничивает торговлю, а потому законен. Речь здесь идет о различии между особым налогом на каждую грузоперевозку в то время, когда она производится, и налогом на валовой

¹⁶ Van Allen v. Assessors. 3 Wall. 573, 593. 1865.

¹⁷ Maine v. Grand Trunk Ry. Co. 142 U.S. 217. 1891.

вой доход, полученный от всех грузоперевозок, который ложится не на грузоотправителя, но на перевозчика.

Однако налог на валовой доход не является справедливым в случае корпораций, поскольку не позволяет принимать во внимание их различия в эксплуатационных расходах. Способность платить налоги определяется по *чистому доходу*. Но даже и он не может быть истинной мерой. Две компании с одинаковым чистым доходом могут инвестировать в свой бизнес разный капитал, так что, с учетом инвестиций, одна потеряет деньги, а другая получит прибыль. Более того, ценность бизнесу компании придает не *прошлый* чистый годовой доход, но ожидаемый чистый доход на протяжении нескольких будущих лет. Следовательно, когда этот ожидаемый чистый доход капитализирован, его капитализация является не чем иным, как совокупной стоимостью облигаций и акций. Таким был следующий этап. Когда «акционерный капитал», под которым понимаются как акции, так и облигации, оценивается и облагается налогом, тогда и устанавливается налог для корпорации как единого целого. Как заявил суд в 1875 г., «совершенно очевидно, что когда установлена текущая ценность корпоративных долгосрочных долговых обязательств и текущая ценность всех акций, у вас имеется, благодаря действиям тех, кто может наилучшим образом произвести оценку, твердо установленная истинная ценность дороги, всей ее собственности, ее акционерного капитала, ее лицензий: поскольку все таковое представлено ценностью ее облигационного долга и ее акций»¹⁸.

Эти решения, однако, требовали двойного налогообложения: налогообложения компании как единого целого (налог на «акционерный капитал») и налогообложения держателей облигаций как индивидов (налог на их притязания в качестве совладельцев этого капитала). Однако двойное налогообложение было сочтено допустимым, поскольку имелось два разных лица, владеющих двумя различными объектами: корпорация, владеющая лицензией, измеряемой акционерным капиталом, и отдельные держатели облигаций и акционеры, владеющие каждый своей долей в ожидаемых прибылях. «Корпорация, — заявил суд, — является законным владельцем собственности банка, недвижимой и движимой... Доля акционера дает ему право на часть чистого дохода, получаемого банком... Это отдельное, независимое имущественное право»¹⁹.

Затем последовало полное или частичное освобождение от ответственности тех акционеров и держателей облигаций, кому удалось избежать внимания налоговых инспекторов к своей нематериальной

¹⁸ State R. R. Tax Cases. 92 U.S. 575, 605. 1875.

¹⁹ Van Allen v. Assessors. 3 Wall. 573, 584. 1865.

собственности, в случае, если они уже были затронуты налогом на акционерный капитал²⁰. И в этом заключается «правило единства» при налогообложении.

Таким образом, «правило единства» при налогообложении, трактующее корпорацию как действующее предприятие, в конце концов, стало, как мы видели в деле *Adams Express Company*, замещать как налогообложение физических вещей, находящихся в собственности у корпорации, так и налогообложение физических лиц, владеющих частичными притязаниями на чистый доход предприятия. Физические вещи и индивиды слились в действующий бизнес действующего предприятия.

Тем не менее пережитки примитивного представления о физической оценке все еще сохраняются. В случаях налогообложения, произведенного в соответствии с «правилом единства», ценность лицензии устанавливается посредством вычитания ценности материального имущества из ценности акционерного капитала; и такая практика сохраняется при всех законодательных актах, которые следуют «правилу единства». Эта практика приводит к тому, что у действующего предприятия появляются два совершенно разных типа ценности — «материальная» и «нематериальная», хотя, конечно же, ценность акционерного капитала как единого целого включает как материальный, так и нематериальный элементы. Понятие физической ценности сохраняется даже после того, как объект оценки изменился: с физических вещей на ожидаемый чистый доход действующего предприятия. Но на самом деле имеется не два типа ценностей, материальная и нематериальная, но только одна ценность, и она нематериальна.

Эта путаница происходит из-за того, что не принимается во внимание различие между тем, что мы называли «собственно оценкой» и «определением вмененной ценности». Собственно оценка — это капитализация, которая обращена в будущее. Определение вмененной ценности — это анализ причин, обращенный в прошлое. Имеется только одна ценность в собственном смысле слова — нематериальное ожидание чистого дохода действующего предприятия. Существуют несколько факторов, которые влияют на текущее ожидание; часть из них — физические, и все они имеют историю.

Как явствует из дела *Adams Express Company*, попутно со становлением «правила единства» завершился (или все еще продолжается) и другой важный процесс. Термин «лицензия корпорации» приобрел три различных значения, которые могут быть определены как «лицензия на суще-

²⁰ *Pittsburg Ry. Co. v. Backus*. 154 U.S. 421. 1894; *Western Union v. Taggart*. 162 U.S. 1. 1896; *C. & N. W. v. State*. 124 Wis. 533. 1906.

ствование», «лицензия на деятельность» и «действующий бизнес». «Лицензией на существование» были учредительные документы, создающие корпорацию как юридическое лицо, обладающее возможностью действовать как физическое лицо, и возникшее в результате юридическое лицо могло существовать только в том штате, который его создал. В ранних законах о корпорациях «лицензия на деятельность» не отличалась явным образом от лицензии на существование, поскольку корпорации специально создавались для осуществления определенной деятельности. Но в случае, если юридическое лицо создавалась в одном штате, а его деятельность осуществлялась в другом, и особенно в том случае, если это лицо создавалось в соответствии с общими законами о корпорациях и специальные привилегии не могли распространяться на все эти лица, тогда «лицензия на деятельность» становилась отдельной привилегией, дарованной тем же самым или другим штатом корпорациям, которые предоставляли коммунальные услуги (например, железнодорожным или телеграфным компаниям), и она действовала там, где находилась или использовалась физическая собственность. Таким образом, «лицензия на деятельность» была неразрывно связана с протяженностью физической собственности, используемой как физическое единое целое; и именно это физическое единство облегчило переход от материальной вещи к нематериальной лицензии, чья ценность равна ценности акционерного капитала, связанного с этой вещью.

Однако в деле *Adams Express Company* возникла иная ситуация. В штате Огайо компания не имела ни лицензии на существование, поскольку была учреждена в другом месте, ни лицензии на деятельность, поскольку не занимала части территории штата. Это было обычное частное предприятие, независимое от железнодорожных корпораций, к услугам которых оно прибегало. Чтобы соответствовать ситуации, суд расширил значение понятия «лицензия на деятельность» таким образом, что она стала толковаться не как особая льгота или привилегия действовать на определенной территории, но и как «комбинация лицензий, охватывающая все те вещи, которые позволено делать корпорации» (166 U.S. 244). Это подразумевало, конечно, все те вещи, которые позволено делать любому индивиду, занятому такой предпринимательской деятельностью, которая не требует специального разрешения. Иными словами, «лицензия на деятельность» стала обычными правами и свободами, открытыми для любого индивида, за тем единственным исключением, что индивидом теперь являлась ассоциация индивидов, действующих как единое целое. То есть, как будет ясно из дальнейшего, лицензия на существование и лицензия на деятельность стали тождественными действующему бизнесу действующего предприятия.

Данный сдвиг в значении начался с дел о налогообложении Государственной железнодорожной компании (1875 г.). Тогда суд постановил, что для налогообложения не столь важно, совпадает ли *situs* (местоположение) движимой собственности, включая лицензию, с юридическим адресом компании или ее головным офисом, поскольку налогообложение может производиться во всех тех местах, где компания ведет бизнес²¹. Такая территориальная распыленность *situs* была подтверждена в ходе слушания дела *Adams Express Company*, и соответственно было установлено, что для налоговых органов местопребыванием корпорации теперь является не та точка, которую занимает предполагаемая организация-субъект права — душа корпорации, но все те места, где корпорация осуществляет свою деятельность. Произошедший сдвиг — это сдвиг от организаций-субъектов права к сделкам, и действующее предприятие повторило в этом отношении путь психологии человека. Философ Декарт считал, что душа человека пребывает в шишковидной железе, а современная психология утверждает, что душа заключается в действиях человека. Точно так же ранее юристы полагали, что *situs* корпорации — в том штате, где она была учреждена, а теперь суд постановил, что она пребывает везде, где ведет свой бизнес.

Таким образом, после того как понятие «лицензия на существование» расширилось с особого учредительного документа до всеобщего права на объединение, доступного для всех лиц благодаря общим законам о корпорациях, понятие «лицензия на деятельность» также стало претерпевать изменение — от особой льготы или привилегии, недоступной всем корпорациям, вплоть до обычного действующего бизнеса любого действующего предприятия. «Действующее предприятие», как мы видели, — это все лица, объединенные и организованные в предприятие. «Действующий бизнес» — это единство и соединение в определенной пропорции всех сделок предприятия. «Гудвилл» — это ожидание взаимной выгоды, которая должна быть получена от этих сделок. Таким образом, действующие предприятия — это совместно действующие лица; действующий бизнес — это их сделки; гудвилл — это социальная психология, которая обеспечивает их действия.

Объяснение этой эволюции «лицензии на существование», «лицензии на деятельность» и «действующего бизнеса» следует искать в двух источниках их возникновения, а именно в королевских прерогативах и в общем праве. От прерогатив происходят учредительные документы, «лицензия на существование» действующего предприятия и его право действовать как единое целое. От прерогатив происходят также особые привилегии на ведение бизнеса, «лицензия на деятельность», которую

²¹ 92 U.S. 575. 1875.

другие не имеют права осуществлять. Все таковое берет исток в прерогативах, которые стояли выше общего права и были свободны от его ограничений; все таковое являлось даром верховной власти и иммунитета, а не правами и свободами, которыми были наделены все.

Однако из общего права в процессе его трансформации в коммерческое право пришло принудительное обеспечение исполнения договоров: закон об обременениях — и свобода продавать, закон о возможностях — и свобода покупать. Они были открыты для всех лиц и являются, таким образом, общими правами и свободами «действующего предприятия».

Изначально, поскольку лицензии были особыми привилегиями, они рассматривались не столько как собственность, сколько как привилегированная деятельность, умаляющая или даже разрушающая свободы и собственность других подданных. Они были привилегированными свободами. В этом отношении «лицензия на существование» корпорации и «лицензия на деятельность» изначально были неотличимы, поскольку дар верховной власти был пожалованием привилегированного положения в определенной сфере деятельности. Он освобождал обладателя от свободной конкуренции, из которой общее право выработало закон о возможностях и концепцию гудвилла, и хотя это освобождение обладало нематериальной ценностью, оно не было собственностью, поскольку его ценность происходила из возможности обложить налогом сообщество сверх того, что могло бы быть получено от него на добровольной основе. Однако после того как прерогативы короля были переданы законодательной власти, а также после введения общих законов о корпорациях (начиная с Нью-Йорка в середине XIX в.) лицензия на существование корпорации в силу всеобщего права на учреждение корпораций была подчинена конкуренции с другими корпорациями, а ее ценность упала до стоимости регистрации в канцелярии штата.

Иначе было с «лицензией на деятельность», которая могла быть дана (и давалась изначально) индивиду так же, как и корпорации. Она сохранила свой характер привилегии, поскольку предполагала особое разрешение, например на деятельность в сфере коммунальных услуг (банковская и страховая деятельность, железные дороги, водоснабжение, общественные работы), т.е. на деятельность, предполагающую привилегию на установление тарифов или получение прибыли, недоступную бизнесу в целом. Во многих подобных случаях эта лицензия сохраняла характер привилегии в силу физических условий, препятствующих доступу со стороны конкурентов. Наконец, даже эта лицензия, в рамках дела *Adams Express Company*, была сведена к «действующему бизнесу» общего права и стала тождественной «единству использования», которое, как мы видим, есть не что иное, как гудвилл действующего бизнеса.

Источники закона о действующем предприятии

Прерогативы — Особые привилегии на существование и деятельность

— Коммерческое право — Общие законы о корпорациях



— Коммерческое право — Активы и Пассивы

Общее право — Вещи

Таким образом, от феодального общего права, относящегося к вещам, которыми владеют привилегированные лица для собственного использования, через коммерческое право, касающееся активов и пассивов, определяемых конкуренцией с кем бы то ни было, и от прерогатив с их исключительными привилегиями через общие законы о корпорациях мы приходим к той точке, в которой в обычной юридической практике встречаются гудвилл и привилегия, но не индивидов, а действующего предприятия, ведущего действующий бизнес и действующего как индивид.

Этот действующий бизнес, результат интеграции общего права и прерогатив, сохраняет в себе черты, перенятые у того и у другого. От общего права он получил те обременения и возможности, которые составляют частную собственность; от прерогативы он получил иммунитеты и власть объединенных лиц действовать как единое целое, лицензию на существование и, в особых случаях, возможность пользоваться исключительными привилегиями, недоступными для бизнеса в общем, т.е. лицензию на деятельность.

Исходя из сказанного выше следует заметить, что понятие действующего предприятия с его действующим бизнесом возникло как побочный продукт попыток защитить равенство в обременениях, налагаемых пра-

вительством. Это понятие — не теоретическая конструкция, его источником являются сделки. Оно было признано постольку, поскольку его непризнание нарушает справедливость. Но оно не могло быть признано целиком *a priori* и в отрыве от реальных сделок. Это признание происходило постепенно по мере того, как деятельность предприятия начинала посягать на права других. Распределение налогового бремени — один из подобных случаев. Ценность собственности, устанавливаемая при налогообложении, — это не только ценность вещи для ее владельца, но и ценность для *всех налогоплательщиков*. Для функционирования правительства требуется определенная сумма денег, и эта сумма должна быть распределена на всех налогоплательщиков. Если один из них платит меньше, чем предполагает его доля, то другие вынуждены платить больше. Следовательно, дела, связанные с налогообложением, являются процессами между одним налогоплательщиком (или классом налогоплательщиков) и всеми остальными налогоплательщиками, а их целью является пропорциональное распределение среди них правительственных расходов.

Эти расходы могут распределяться либо сообразно налогу на доход, либо налогу на ценность имущества. В обоих случаях определяется некая единая ставка налога, которая затем прилагается к индивидуальному доходу или к ценности индивидуальной собственности, для того чтобы установить величину налога, который должен быть уплачен тем или иным лицом. Однако если в случае налога на имущество отдельные находящиеся в собственности вещи рассматриваются как обладающие самостоятельной ценностью, зависящей не от индивидуальной деятельности владельца, а определяемой спросом и предложением на рынке, то в случае налога на доход объектом налогообложения является способность владельца получать доход благодаря его индивидуальной деятельности или управлению собственностью. Таким образом, когда в случае налога на собственность дело доходило до добавления к вещам, перечисленным как собственность, акций и долговых документов, они также рассматривались как обладающие ценностью, независимой от индивидуальной деятельности владельца, и потому с готовностью классифицировались как вещи, относящиеся к материальной собственности.

Иначе обстоит дело с гудвиллом самого действующего предприятия, который очевидным образом является чем-то, ценность чего зависит от «навыков, усердия, точности, успешности и репутации» лиц, которые составляют предприятие. Ценность физических и других материальных активов может сохраняться и при отсутствии владельца, но ценность гудвилла как целого является ценностью, создаваемой активно работающими лицами. Следовательно, когда определение собственности расширяется и начинает охватывать гудвилл действующего предприятия,

происходит переход от ценности вещей, устанавливаемой на товарных и денежных рынках, к ценности личного поведения, определяемого «навыками, усердием и точностью».

Связующее звено следует искать не в самостоятельных активах, которые складываются друг с другом, но в ожидаемом валовом доходе как едином целом, который действующий бизнес получает от комбинации отдельных активов.

Потребовалось много лет и даже столетий на то, чтобы эти усовершенствованные понятия гудвилла и действующего бизнеса эволюционировали из характерного для общего права понятия физической собственности. Результатом стала новая концепция собственности: собственность — это уже не исключительное владение вещами со стороны индивида, но действующий бизнес действующего предприятия, получающего доход для всех своих членов, включая и остаточный доход для акционеров. Но даже и по сию пору это определение еще не полностью принято. В деле *Indianapolis News* Комитет по налогообложению, пытаясь следовать норме, принятой в деле *Adams Express Company*, добавил 352 340 долл. (ценность остаточного гудвилла и лицензии *Associated Press*) к 47 657 долл., составлявшим ценность печатных станков и других физических активов. Верховный суд штата, несмотря на конституционное требование облагать налогом «любую собственность, кроме имеющей особое освобождение от налога», постановил, что эта нематериальная ценность не является собственностью, которая подразумевается в этом пункте. Суд отказался считать прецедентом дело *Adams Express Company*, обосновав свое решение тем, что законодатели не оговорили *особо*, что налогом должны облагаться гудвилл или акции *Associated Press*, а также что надлежит следовать «правилу единства»²². Очевидно, что принцип действующего предприятия мог бы прилагаться ко всем случаям налогообложения корпораций, если бы того захотели законодательные власти.

6. ДЕЙСТВУЮЩЕЕ ПРОИЗВОДСТВО И ДЕЙСТВУЮЩИЙ БИЗНЕС

6.1. Богатство против «общего блага»

Мы уже отметили, что понятие действующего бизнеса возникло как побочный продукт попыток добиться справедливости для налогоплательщиков, несущих бремя содержания правительства. Действующий бизнес уже существовал, но еще не был признан налоговым законодательством, которое руководствовалось примитивным представлением о собственности как о физических вещах, которыми владеют ради собственного использования. Когда, однако, действующий бизнес был признан в качестве собственности, то собственностью были признаны не только

²² Hart V. Smith. 159 Ind. 182. 1902.

физические вещи, но также и «навыки, усердие, точность, успешность и репутация» лиц, составляющих предприятие, и собственность стала заключаться в ожидаемых прибыльных сделках организованного предприятия.

Параллельно мы обнаружим, что понятие действующего производства, управляемого производственной организацией, было выработано благодаря попыткам добиться справедливости в отношениях между продавцами и покупателями. В случае налогообложения справедливость была достигнута, в конечном счете, благодаря окончательному расставанию с концепцией физических вещей как собственности и принятием — в качестве замены для нее — концепции текущей ценности ожидаемого дохода. В случае действующего производства пережитки этой физической концепции в виде понятия «ценности действующего предприятия» продолжали препятствовать принятию сходного решения. Действующее производство — это производственная организация, оказывающая услуги населению, но действующий бизнес — это коммерческая организация, получающая от населения деньги. Одно — это оборотная сторона другого, и именно соединение этих двух противоположных понятий под названием «ценность действующего предприятия» было введено в решение Верховного суда судьей Бруэром в 1892 г.

Конгресс Соединенных Штатов санкционировал принудительный выкуп собственности *Monongahela Navigation Company*²³ в целях улучшения речного судоходства и упразднения сборов, установленных частной компанией на грузоперевозки по реке. В своем постановлении Конгресс ясно указал на то, что выданная компании лицензия на сборы за навигацию не должна рассматриваться или оцениваться при определении размера компенсации компании за отчужденную собственность. Мнение Верховного суда, выраженное устами судьи Бруэра, заключалось в том, что эта оговорка лишала компанию собственности без должного возмещения, поскольку собственность компании включала не только физическую собственность, но и лицензию на получение платы за пользование этой собственностью. «Лицензия, — постановил суд, — есть узаконенное право. Государство обладает властью выдавать ее. Оно может также отзываться ее, как оно имеет право — в общественных интересах — лишать и другой собственности, выплатив за нее должное возмещение... но отзыв лицензии, данной государством, может осуществляться только на тех же основаниях, на которых происходит отчуждение любой другой собственности, принадлежащей индивиду» (341).

Далее суд отметил, что правительство Соединенных Штатов в результате отчуждения собственности приобрело «право» на взыскание точно

²³ *Monongahela Navigation Co. v. U.S.* 148 U.S. 312. 1893.

таких же пошлин за услуги, что и те, которые были установлены компанией. «Выглядело бы весьма странно, если бы, реализуя свои права на отчуждение собственности, правительство могло лишать ее значительной доли ценности, уничтожая все те ценности, которые образуются от сборов, и, приняв собственность по этой заниженной оценке, немедленно обретало бы и использовало прибыль от точно таких же сборов. Иначе говоря, этот элемент ценности существует до и после процесса отчуждения и исчезает только в момент самого процесса» (337, 338).

В этом судебном решении, вероятно, представлена наиболее яркая из современных вариаций старых королевских прерогатив, так как атака на Конгресс производится, как представляется, на основании допущения, что монарх (в данном случае — Конгресс), который превыше общего права наделяет компанию привилегией облагать налогом сообщество для ее собственной выгоды, а затем произвольно отнимает эту привилегию и облагает сообщество налогом уже в собственных интересах. Подобный же конфликт возникал между общим правом и королевскими прерогативами в Англии времен правления Елизаветы I и начала правления Якова I. Знатоки общего права настаивали на том, что лицензии, патенты и привилегии, которыми суверены наделяли тогдашних лоббистов, даруются лицам, которые «не имеют навыков в предпринимательской деятельности», и потому служат только извлечению богатства у населения, а не увеличению общественного благосостояния, и что, с другой стороны, те торговцы и заводчики, которые разбогатели своими силами благодаря своей собственности, без поддержки в виде королевских прерогатив, увеличивают общественное благосостояние в той же степени, в какой и собственное богатство. На этих основаниях суды начиная с 1599 г. объявляли данные патенты недействительными, а в 1624 г. парламент отменил их окончательно²⁴. Однако теперь, в 1892 г., судья Бруэр обнаружил нечто подобное: отчасти потому, что он представлял Конгресс как некоего монарха, забывая о том, что в намерения Конгресса входила полная отмена сборов, а отчасти потому, что распространение значения понятия «собственность» с физических вещей на лицензии позволяло толковать лишение особых привилегий как изъятие собственности без должного возмещения. Если собственность — это не только физическая вещь, но также и лицензия на получение платы за услуги, то ценность собственности — это не только меновая ценность физической собственности, которую владелец добавляет к «общему благу», но и то дополнительное богатство, которое владелец может извлечь из «общего блага» сверх того, что он добавил к нему. И то и другое имеет ценность, и то и другое — активы, и то и другое — собственность.

²⁴ См. главу III, с. 60.

Но если мы проведем правильное различие, мы обнаружим здесь две ценности, в зависимости от того, с каким именно лицом имеет дело собственник. В том, что касается отношения к другим частным лицам, особая привилегия обладает ценностью, определяемой тем, что частные лица могут получить, обладая особой привилегией. Однако в том, что касается отношения к обществу, которое, согласно общему праву, сохраняет за собой власть регулировать цены и выдавать лицензию только на условиях (явных или подразумеваемых), что цены будут обоснованными, лицензия ценности не имеет.

Конституция Соединенных Штатов запрещает изъятие частной собственности в общественных интересах без справедливого возмещения. Справедливое возмещение определяется сообразно тому, во сколько добровольный покупатель и добровольный продавец оценили бы данную собственность в данный момент на существующих рынках. Таким образом, Конституция делает добровольные сделки стандартом обоснованного измерения ценности, который используется в принудительных сделках по изъятию частной собственности на основе суверенного права государства на ее отчуждение. Когда писалась Конституция, в ходу было представление о собственности как о физических вещах, таких как земля или физическое движимое имущество. Некоторые статьи Конституции запрещают нарушение обязательств по договорам, которые рассматривались тогда как единственная известная форма «невещественной собственности». «Нематериальная собственность», заключающаяся в правах покупать и продавать, была неизвестна как собственность в конституционном смысле, вплоть до дел о скотобойнях. И, как уже отмечалось, в делах о скотобойнях как судейское большинство, так и меньшинство отрицали, что монополия является частной собственностью. Большинство полагало, что она оправдана только в качестве регулирующей меры и может быть отозвана без возмещения, что и было сделано; и именно этой позиции придерживался суд в следующем деле, связанном с теми же скотобойнями²⁵. Даже когда мнение меньшинства стало единодушным мнением всего суда, в качестве нематериальной собственности признавалось только то, что индивид может приобрести в результате своих частных сделок и без помощи особой лицензии. Мнение меньшинства в этих делах основывалось на исходном различии между общим правом и прерогативами. Лицензия происходит от прерогативы и не является собственностью. Собственность происходит из общего права, поскольку только общее право создало систему юридических прав, обязанностей и свобод на основе повседневных обычаев непривилегированных лиц.

²⁵ См. главу II, с. 20.

Однако судья Бруэр в 1892 г. произвел дальнейшее расширение определения нематериальной собственности. Теперь она стала не просто собственностью, которую некто получает за счет своих усилий в частных сделках, но также и собственностью, которая обретается как разрешение суверенной власти на создание монополии (чего не было ранее в делах о скотобойнях, в рамках которых монополия рассматривалась исключительно как использование регулирующей власти, которое может быть отменено). В деле *Monongahela Navigation Company*²⁶ лицензия не предполагала возможность чрезмерных расценок, и если бы размер сборов был обоснованным, как того требовало общее право, лицензия не имела бы ценности в том, что касается отношения к обществу. Сообщество не должно допускать выдачу лицензии на установление грабительских цен. Конечно, когда лицензия даровал король, имела место иная ситуация: лицензия была даром его личной власти облагать сообщество налогами. Этого, однако, не происходит, если лицензия выдается самим сообществом. Совершенно очевидно, что именно в этом заключалось мнение Конгресса, когда он добавил оговорку, что лицензия не должна рассматриваться и оцениваться. Конгресс воспринимал себя как сообщество, наделяющее властью облагать налогом самое себя, принимая во внимание то, что услуги будут оказываться ему же.

В поддержку своего мнения судья Бруэр ссылаясь на дело *Dartmouth College*, в котором было установлено, что лицензия корпорации является договором, который не может быть расторгнут любой из сторон²⁷. Однако данное дело рассматривало не «лицензию на деятельность», но «лицензию на существование». Речь шла о разрешении на самоуправление внутри корпорации, о лицензии на действие в качестве единого целого, а не о привилегии получать сборы с населения. «Лицензия на существование» в определенном смысле, безусловно, является «лицензией на деятельность», но сам тип этой «деятельности» заключается во внутреннем комбинировании факторов, которое не затрагивает сторонних лиц и является исключительно предметом самоуправления. Однако «лицензия на деятельность», в том особом смысле, который добавился с того самого момента, когда общие законы о корпорациях лишили «лицензию на существование» характера привилегии, является расширением ресурсов некоего лица за счет особого преимущества в отношении клиентов, заключающегося в исключении для третьих сторон возможности свободной конкуренции. Согласно общему праву особая лицензия на деятельность подразумевает, что употребление дарованной власти должно быть разумным и регулироваться присяжными заседателями из членов сообщества.

²⁶ *Monongahela Navigation Co. v. U.S.* 148 U.S. 312. 1893.

²⁷ *Ibid.* 148 U.S. 344; *Dartmouth College v. Woodward*. 4 Wheat. 518. 1819.

Таким образом, смысл решения по делу *Dartmoth College* был расширен судьей Бруэром с привилегии на самоуправление до привилегии на обложение сообщества налогом в отсутствие конкурентных цен на аналогичные услуги. Привилегии стали правом на собственность, аналогичным праву на собственность на физические вещи, что противоречило как идее общего права о том, что это всего лишь предоставление исключительного права, так и решению по делам о скотобойнях, которое трактовало привилегию как употребление регулирующей власти, а не как право на собственность.

6.2. Физические соединения

Если в деле *Monongahela Navigation Company* судья Бруэр выразил свое мнение относительно специальных лицензий, то два года спустя в деле *Kansas City Water Works*²⁸ он высказал свои соображения относительно бизнеса, у которого истек срок действия особой лицензии. После истечения срока действия лицензии законодатели потребовали от *Kansas City* продать собственность, на которую распространялось действие лицензии. Компания претендовала на ценность в 4 500 000 долл., рассчитанную сообразно чистому доходу. Город и суд низшей инстанции пришли к выводу, что ценность физического производства составляет 2 714 000 долл., рассчитав ее в соответствии с оценкой полной восстановительной стоимости «системы объединенного водоснабжения как завершенной структуры, безотносительно любой лицензии — безотносительно всего того, что приносит (или может принести в будущем) собственность» (864).

Судья Бруэр, отменяя решение низшего суда и требуя от города платы за нематериальную ценность, согласился с тем, что учет капитализированных доходов не будет справедливым, поскольку «подразумевает постоянство дохода, а постоянство дохода обеспечивается лицензией на работы, связанные с водоснабжением», лицензией, срок действия которой истек. Но, с другой стороны, и «исходные затраты» не должны являться основой для оценки, поскольку задача заключается в том, чтобы найти «текущую ценность». Текущая ценность должна быть ценностью ожидания. Ее, следовательно, невозможно обнаружить в «полной восстановительной стоимости», которая хотя и дает представление о текущей ценности, тем не менее не дает представления о ценности, основанной на ожиданиях. Суд обнаружил эти ожидания, конечно, не в самой лицензии, срок действия которой истек, и не в ожидаемых ценах, которые должны были заплатить потребители и которые, безусловно, зависели от лицензии, но в физических соединениях, которые связывали жилье потребителей с производственным оборудованием компании,

²⁸ National Waterworks Co. V. Kansas City. 62 Fed. 853, 865. 1894.

хотя именно потребители, а не компания оплачивали и владели этими физическими соединениями. Как заявил суд, полная восстановительная стоимость не является достаточной, поскольку она «не принимает в расчет ценность, которая происходит из установленных соединений между трубами и городскими зданиями... Тот самый факт, что компания не владеет соединениями между трубами на улицах и зданиями (таковые соединения находятся в собственности индивидуальных владельцев), не свидетельствует против этого утверждения.., поскольку никто не купит или, по крайней мере, не даст большой цены за систему водоснабжения, которая не имеет соединения между трубами на улицах и прилегающими зданиями. Такая система была бы мертвой структурой, а не живым и действующим бизнесом» (865).

Эти физические соединения — весьма курьезно — были отождествлены со свободным выбором альтернатив со стороны потребителей. «Данные соединения, — продолжил суд, — не являются принудительными, но зависят от воли владельцев собственности и сохраняются только благодаря усилиям и желанию владельцев системы водоснабжения».

Этот причудливый сарказм судьи Бруэра продолжает служить прецедентом для последующих судебных решений. Он восходит к локковскому пустому понятию воли. Действительно, согласно этому понятию водопроводные соединения в большом городе не являются принудительными для потребителей: у каждого из них есть недостижимая альтернатива — выкопать собственный колодец.

Из этого следовало, что правительство Канзас-Сити, как и в деле *Monongahela Navigation Company*, не представляет сообщество, но является еще одним частным покупателем, претендующим на физический объект, при помощи которого может облагать сообщество налогом в своих собственных интересах. «Совершая эту покупку, — заявил суд, — город вступает во владение системой водоснабжения, которая является не только завершенной системой доставки воды в город и ее дальнейшего распределения при посредстве расположенных на улицах труб, но и системой, уже приносящей значительный доход благодаря сохранению соединений между трубами на улицах и множеством частных жилых помещений». «Кто купит или, по крайней мере, заплатит большую цену за систему водоснабжения», которая не имеет этих физических соединений и не приносит дохода?

Здесь судья Бруэр отождествил действующий бизнес, управляемый коммерческой организацией с целью получения платы за его услуги, с действующим производством, управляемым производственной организацией с целью оказания услуг. Потребители физически связали свою собственность с физической собственностью компании и, сделав это, мысленно связали свое будущее потребление с услугами, предоставляемыми

компанией, и негласно признали те цены, которые могли бы быть установлены компанией в будущем. И хотя они едва ли охотно отказались бы от этого соединения, будучи физически привязаны к компании и не обладая даровой альтернативой, тем не менее «данные соединения не являются принудительными, но зависят от воли владельцев собственности».

В этом смысле восстановление физического понятия собственности обозначает возвращение примитивного представления о том, что собственность сама по себе не имеет экономической власти, основанной на власти отказывать в предоставлении услуг, и что если по истечении действия лицензии не наблюдается юридического принуждения, то нет никакого принуждения вообще. Тем не менее это примитивное понятие физической собственности, которой владеют для собственного использования, сохраняет и еще более примитивное значение, ибо в этом случае оно подразумевает, что связанные с ней люди также являются собственностью (к каковому ошибочному выводу, как мы уже видели, пришел Ирвинг Фишер). Город, подобно частному покупателю поместья с прилегающими к нему крепостными, «вступает во владение» «системой, уже приносящей значительный доход» благодаря потребителям, физически прикрепленным к производственному оборудованию. Судья Бруэр, проводя подобную аналогию, прилагал физическое понятие рабства к понятию гражданства, относящееся к гудвилу, и, таким образом, превратил Четырнадцатую поправку в одобрение того, что судья Филд назвал «принудительным трудом», используя этот термин как синоним рабства.

6.3. Законность и незаконность

Если судья Бруэр в делах *Monongahela Navigation Company* и *Kansas City Water Works* перенес физические понятия на коммерческие, то судья Верховного суда штата Мэн Сэвидж придал этой доктрине правовые основания, которым следовали другие суды. В деле *Water District*²⁹ требовалось определить для последующей продажи государству ценность имущества компании и ее все еще действующей лицензии. Судья Сэвидж в своем наказе оценщикам исключил ценность лицензии как таковую. Он ясно осознавал, что принцип общего права о недопустимости взимания властями «произвольных тарифов, не подлежащих контролю», лишил ценности саму лицензию, если рассматривать ее в отношении к обществу. Это низвело лицензию до уровня некоего сертификата, подтверждающего, что предприятие законно, на законных основаниях взимает плату за услуги и обладает обыкновенной привилегией заниматься законным бизнесом, такой же, которой обладает любой. Собственность надлежало оценивать как обычную законную собственность, не требующую особой привилегии.

²⁹ *Water District v. Water Co.* 99 Me. 371.

Тем не менее эта обычная законность сама обладает ценностью. Как сказал судья Сэвидж, «даже в случаях, когда в соответствии с законодательными актами лицензия не должна включаться в оценку, мы полагаем, что собственность должна оцениваться сообразно тому, что ею правомочно владеют и правомочно ее используют. Ибо чего стоят трубы в земле именно как трубы, или резервуары, или дамбы, или соединенное с недвижимым движимое имущество, если таковое не может быть правомочно использоваться и если нельзя взимать обоснованную плату? И лицензия является правом на это» (378). «Постольку, поскольку структура содержится и используется на основании лицензии, — продолжил судья, — этот факт должен быть добавлен к ценности структуры. За структуру как за структуру могут заплатить больше в случае, если она может использоваться правомочно, нежели в случае, когда не может... Это структура реально используемая, к которой приложено право на ее использование владельцем и право на взимание обоснованной платы с клиентов за предоставляемые услуги. Это все. Такая структура тройственна в понятийном отношении, но едина по сущности» (376, 377).

Таким образом, у нас имеются две концепции «мертвой структуры»: понятие судьи Брюэра о структуре без физического соединения и понятие судьи Сэвиджа о структуре, лишенной юридических полномочий взимать плату с клиентов за оказываемые услуги. Без этого юридического права предприятие не может обладать приведенной ценностью, являющейся дыханием жизни, превращающим производственное оборудование в активы. Если судье Брюэру для признания предприятия действующим нужны были главным образом физические соединения, судье Сэвиджу требовалась также и юридическая санкция — для того, чтобы получить то, что он называл «*бизнесом действующего предприятия*». Без юридической санкции на взимание платы предприятие мертво, даже если оно и является действующим производством с его производственной организацией. *При наличии* юридической санкции оно является также и действующим бизнесом с его коммерческой организацией и обладает ценностью в качестве активов, ценностью, определяемой ожидаемой законной прибылью.

Судья Сэвидж старомоден и изыщен, но в общем-то прав в своем анализе. Обычная законность сама по себе обладает ценностью. Пивоваренный завод или бар в стране, где действует «сухой закон», обладает меньшей ценностью, чем такой же завод или бар в стране, где алкоголь разрешен. Рабы теряют свою ценность для владельца, когда вводится равноправие. Контрабандные товары менее ценны для их владельца, чем такие же товары, но произведенные в самой стране законным образом. Украденная лошадь обладает меньшей ценностью для вора, чем для законного владельца. Водопроводная компания, взимающая плату законным образом, более ценна для владельца, чем та же компания, которая рассматривается как компания-вредитель.

Это так потому, что *законность* сравнивается с *незаконностью*, вместо того чтобы сравнивать *привилегированную законность* и *равную законность*. Отнюдь не следует, что законность обладает ценностью в том, что касается ее отношения к *другой законной собственности*. Конкурирующая собственность здесь также законна, и эта конкурирующая собственность законно держит на низком уровне цены другой законной собственности. Законность ценна постольку, поскольку ею обладают, но она не имеет дополнительной ценности при конкуренции с другими, обладающими равной законностью. Равная для всех законность подразумевает *незащищенность* от законной конкуренции, равно как и законное право требовать плату за законные услуги. Равная для всех законность есть не что иное, как законный эквивалент конкурентного бизнеса, а не нечто добавленное к бизнесу. Судья Сэвидж придал термину «законность» двойное значение: *законное* употребление власти в сравнении с *незаконным* употреблением и *привилегированное* употребление власти в сравнении *сравним для всех* употреблением. Привилегированная законность есть не что иное, как такая же специальная лицензия на установление произвольных расценок, которая ранее была исключена из дополнительной оценки. Делая равную для всех законность аналогом незаконности, он восстанавливает то, что сам же исключил, когда противопоставил привилегированную законность равной для всех законности.

Затем судья Сэвидж, из-за того, что он путает потребительную ценность с меновой ценностью, создает понятие «ценности действующего предприятия», связывая «физические соединения» судьи Бруэра со своим собственным понятием законности действующего бизнеса. «Во-первых, это просто структура, состоящая из труб, насосов, моторов, резервуаров, оборудования и т.п., с правом на землю и на воду. Как структура она обладает ценностью, независимой от любого использования или права на использование в том месте, где она находится, ценностью, возможно, меньшей, чем она стоит, если она не может использоваться там, где она находится, и если нет права на ее использование. Но сверх всего этого она — реально используемая структура, в определенной степени прибыльно используемая. У нее есть клиенты. Она является действующим предприятием. Ценность ее повышается за счет того обстоятельства, что она используется бизнесом действующего предприятия и фактически является его существенной частью. Иногда мы говорим о ценности действующего предприятия так, как будто она является (или может быть) отличной и отделенной от ценности структуры: столько-то за структуру, а столько-то за действующее предприятие. Но это не вполне верно. Часть ценности, относящаяся к действующему предприятию, не обладает существованием иначе как часть структуры. Если нет структуры — нет действующего предприятия. Если структура использу-

ется, она является структурой, на чью ценность влияет тот самый факт, что она используется. Существует только одна ценность. Это ценность структуры, реально используемой»³⁰.

Это было физико-юридическое сочетание действующего производства с его физическими соединениями, о которых говорил судья Бруэр, и предложенной судьей Сэвиджем концепции действующего бизнеса с его юридическими соединениями. Впоследствии эта конструкция была переработана Верховным судом в понятие о некоей сущности, «ценности действующего предприятия», хотя исходно и была отвергнута им под руководством судьи Хока. Далее мы увидим, как блестяще он вскрыл все недостатки этой конструкции.

6.4. Гудвилл и привилегии

В деле *Consolidated Gas* «ценность действующего предприятия» появилась под названием «ценность гудвилла». Муниципалитет Нью-Йорка попытался снизить цены на газ, а компания выставила иск, ссылаясь как на лицензию, так и на гудвилл. Рассуждение судьи Хока, впервые прозвучавшее в Федеральном суде низшей инстанции, где изначально рассматривалось дело³¹, представляло из себя первую попытку поведенческого анализа различия между лицензией и гудвиллом в данном классе дел. Касательно лицензии судья сказал следующее: «Доход надлежит ожидать только от инвестиций, и тот, кто инвестирует, должен расстаться с чем-то в процессе инвестирования... Компания не инвестировала в свою лицензию, поскольку не покупала ее... Инвестиции были осуществлены не в лицензию, но на основании лицензии и доверия к ней. Лицензия есть не что иное, как часть власти или привилегии верховной власти, переданная частному лицу для использования на всеобщее благо и лишь попутно приносящая прибыль этому частному лицу... Лицензия не добавляет производительной способности имуществу или личности. Она просто санкционирует их употребление в определенной сфере и защищает владельцев, которые таким вот образом их употребляют... Я могу придумать только три причины, по которым лицензия может обладать ценностью. Она обладает ценностью: 1) поскольку санкционирует прибыльное использование собственности в определенной сфере; 2) поскольку, раз получив ее, сложно или невозможно получить нечто подобное; 3) поскольку она может быть использована для противодействия или причинения ущерба другому предприятию, хотя сама по

³⁰ *Water District v. Water Co.* 99 Me. 376. См. также его исследование в предшествующем деле: *Kennebec Water District v. Waterville.* 97 Me. 185, 220. 1902.

³¹ *Consolidated Gas Co. v. City of N.Y.* 157 Fed. 849. 1907.

себе лицензия не дает и не сохраняет никакой ценности. Третья причина может быть точно, хотя и не вполне литературно, определена как «ценность зловредности», и она столь очевидно незаконна, что мы не будем ее обсуждать. Вторая причина, если рассмотреть ее внимательно, подразумевает, что поскольку верховная власть считает целесообразным доверить удовлетворение общественной потребности некоему гражданину или группе граждан, то эта дарованная квазимонополия предоставляет им право взимать за свои услуги плату, превышающую справедливую и законную, каковая имела бы место в том случае, если бы данная деятельность была открыта для всех. Цена, которую приходится платить за каждый случай продажи лицензированной собственности частному лицу, заключается в потере обществом значительных денег из-за некомпетентности (если не хуже) должностных лиц, и такая продажа не может давать покупателю права принуждать потребителя выплачивать ему ту цену, которую следовало бы платить государству. В силу этого, я полагаю, что, в принципе, обладатель лицензии не должен быть держателем никакой ценности, за исключением той, которая возникает в результате того, что лицензия используется в качестве щита для защиты тех, кто инвестирует свою собственность на основании доверия к лицензии, и что рассматриваемая отдельно и в отрыве от собственности лицензия обладает не большей экономической ценностью для инвестора, чем реальный щит обладает боевым значением отдельно от использующего его воина» (872, 873, 874).

Судья Хок также исключил из оценки предполагаемое расположение клиентов в качестве составляющей части цены, которую они должны платить за газ. Приняв определение гудвилла, данное в более ранних делах³² («все то благорасположение, которое клиенты обнаруживают в отношении некоего торгового дома, отождествляемого с определенным названием или маркой, и которое может побуждать их продолжать пользоваться его услугами»), судья восклицает: «Я не могу понять, как этот истец может обладать гудвиллом, отвечающим данному описанию... Закон требует, чтобы газ поставлялся всем, кто в нем нуждается, в пределах измеряемой метражом и длиной труб сети. Что побуждает клиента сохранять отношения с компанией? Желание избежать “неудобств от раскапывания улиц” и завладение ответчиком улицами, которое имеет “монопольный характер” и приносит ему выгоду» (871, 872).

Из материалов дела явствует, что то, что компания считала гудвиллом, являлось той самой «ценностью действующего предприятия», которая, как мы уже видели, включает в себя понятия производственной организации и коммерческой организации, короче говоря, ценностью

³² Washburn v. National Wall Paper Co. 81 Fed. 20. 1897.

действующего бизнеса, поскольку эта ценность является добавленной к полной восстановительной стоимости действующего предприятия. На это судья Хок отвечал, что «сама организация есть не что иное, как метод использования инвестиций... Но гудвилл в смысле организации деятельности по поставке газа может не иметь существования в отрыве от лицензии, дающей необходимые привилегии. Стал бы кто-нибудь думать о капитализации гудвилла такого типа и распределении его предполагаемой ценности в виде новых акций среди акционеров, старых и новых?» (872). Претендуя на гудвилл, компания «забывает, как кажется, что многие годы цены и распределение газа истца регулировались законом. Граждане имеют право на то, чтобы улицу перед их домами расчищали, поскольку их налоги, *inter alia* (помимо прочего), идут и на это... Я думаю, вполне очевидно, что потенциальный гудвилл для газовой компании в этом городе может быть равен гудвиллу муниципального департамента по расчистке улиц» (872).

Несмотря на эти здравые рассуждения, судья Хок, принимая во внимание предшествующие решения Верховного суда, счел необходимым признать ценность лицензии, но не ценность гудвилла или действующего предприятия. Учитывая, что его позиция была позицией суда низшей инстанции, он считал, что не может навязывать свое мнение так, чтобы не «разрушить при этом теории права и традиции юридической мысли, обнаруживающиеся в предшествующих решениях судов более высокой юрисдикции. В таком случае я вынужден заключить, что необходимо допустить определенную ценность лицензии ответчика, которая является частью того капитала, законный доход с которого может быть допущен, так как отказ в признании таковой ценности обозначал бы небрежение мнениями, высказанными более высокими юридическими инстанциями относительно природы лицензий и процедур регулирования... Моей обязанностью является следование тем методам рассуждения, которые в них отражены, оставив более высоким судебным учреждениям выносить определения, которые, в случае если они вынесены судом низшей инстанции, будут, по моему мнению, отдавать самонадеянностью» (875). Выразив, таким образом, протест против собственного решения по делу, судья Хок указал, что «вынужден рассматривать лицензии не только как собственность, но и как производительную и внутренне ценную собственность, а также добавить их ценность (если она может быть установлена) к счету капитала истца» (877). Он заметил, что «нередко бывает так, что частные лица могут приобрести законное право благодаря серии ошибочных решений; законное настолько, что суд, который пребывал в заблуждении, пойдет против конституции, если внезапно исправит свои ошибки в ущерб тем, кто был защищен этими решениями, которые суд попытался бы отменить» (875). После этого судья продол-

жил устанавливать формальную ценность лицензии, опираясь на явно произвольно избранный и нелогичный метод соотнесения с ростом ценности сопредельных земель.

Тем не менее аргументы судьи Хока, обращенные против его же собственного решения, были столь убедительны, что через два года он, надо думать, получил удовлетворение, наблюдая, как Верховный суд отменяет его решение по делу, основываясь на этих его аргументах³³. Отмена, однако, заключалась только в изменении базиса для калькуляции ценности лицензии и в снижении этой ценности: с той, которую произвольно рассчитал судья Хок, до той, которая была рассчитана законодателями Нью-Йорка 25 годами ранее, когда они утвердили выпуск акций, обеспечиваемый ценностью лицензии на основании тогдашней ее котировки. Однако Верховный суд ясно указал, что эта особая оценка законодателей не должна рассматриваться как прецедент для дел, где подобной оценки не проводилось (47, 48, 52).

Как мы видим, судья Хок четко отделил ценность гудвилла от ценности лицензии. Гудвилл и лицензия подобны в том, что благодаря им владелец становится защищенным от конкуренции, а также обретает доход (как обычный, так и остаточный), который выше того дохода, который он получал бы, если был бы полностью не защищен. Однако они различаются экономически и юридически: экономически — поскольку в случае специальной лицензии клиенты не свободны уйти к кому-то еще и избрать альтернативный вариант (разве что ценой больших затрат, которые придают лицензии ценность, в некотором смысле равную этим затратам), а в случае гудвилла они свободны уйти к кому угодно, не неся дополнительных расходов, и, следовательно, ценность, придаваемая гудвиллу их добровольной приверженностью, является ценностью, основанной на том, что, как они добровольно полагают, является наилучшим. Ценность лицензии — это «ценность ущерба»; ценность гудвилла — это ценность именно гудвилла. И первая и вторая отражают цены на продукцию, которая обладает потребительной ценностью для клиентов, но в одном случае цена — это ценность избегания ущерба, а в другом — это ценность избегания меньшего удовлетворения.

Юридически они также различны, поскольку гудвилл происходит из положений общего права, связанных с частными коммерческими сделками, основываясь на том, что считается честной сделкой между конкурентами и между продавцами и покупателями; с другой стороны, лицензия происходит из королевских прерогатив, основываясь на власти суверена произвольно наделять фаворитов и лоббистов специальными привилегиями, защищенными от конкуренции. Источником гудвилла

³³ Wilcox v. Cons. Gas Co. 212 U.S. 19, 42.

является обычная свобода конкуренции, открытая для всех, в то время как источником лицензии является суверен, снижающий открытость к конкуренции.

Таким образом, основывая свою терминологию на экономических и юридических соображениях, мы будем говорить о лицензии как о привилегированной ценности, отличая ее тем самым от гудвилла как от непривлективной ценности; точно так же мы будем говорить о ценности лицензии как о привилегированных активах, а о ценности гудвилла как о непривлективных активах. Именно это различие было проведено судьей Хоком и признано Верховным судом, как только он обратил на него внимание. Вслед за этим Верховный суд аннулировал ценность лицензий (за исключением тех случаев, когда законодатели ошибочно возвращались к королевским прерогативам), а также лишил гудвилл статуса специальной привилегии.

6.5. Ценность действующего предприятия

При том что решение по делу *Consolidated Gas* аннулировало ценности гудвилла и ценности лицензии (за исключением тех случаев, когда оценка производилась законодателями), Верховный суд тем не менее быстро восстановил их, используя физическую аналогию судьи Бруэра и юридическую аналогию судьи Сэвиджа. Это восстановление сначала приняло форму проведения различия между делами по регулированию расценок и делами по приобретению собственности государством (причем в последнем случае прецедент судьи Бруэра в деле *Monongahela Navigation Company* продолжал иметь силу), а затем — устранения этого различия посредством объединения случаев регулирования со случаями приобретения.

Первым рассмотренным в суде случаем приобретения собственности, последовавшим за делом *Consolidated Gas*, было дело о покупке муниципалитетом Омахи имущества *Omaha Water Works Company*^{3,4}.

В данном деле Верховный суд в лице судьи Лертона недвусмысленно указал на то, что дело *Consolidated Gas* было делом о регулировании тарифов и «не относилось к установлению ценности по договорам о продаже» (203). Такое различие прежде не проводилось. Более того, в том же году, когда было принято решение по делу *Monongahela Navigation Company*, Верховный суд, руководствуясь соображениями судьи Бруэра, постановил, что в качестве ценности в делах о регулировании тарифов должна приниматься рыночная ценность собственности железной дороги, так же как и в делах по покупке^{34 35}. Штат Техас создал комиссию

³⁴ *Omaha v. Omaha Water Co.* 218 U.S. 180. 1910.

³⁵ *Reagan v. Farmers' Loan and Trust Co.* 154 U.S. 362. 1894.

для оценки железных дорог, находившихся на территории штата, а также для установления тарифов на грузопассажирские перевозки, которые делали бы эту ценность доходной. Комиссия исключила лицензии и оценила только физическую собственность согласно ее восстановительной стоимости в качестве действующего предприятия. Верховный суд в лице судьи Бруэра заявил: «Если бы штат планировал приобрести титул на эти дороги, используя свое суверенное право на принудительное отчуждение частной собственности, то разве возникли бы сомнения, что положения конституции требуют выплаты корпорации справедливого возмещения и что это возмещение должно быть равно цене собственности, как она котируется на мировых рынках, а не соответствовать тому, что написано в актах законодательной власти? Но разве не отклонением от требований законности является попытка изъятия в общественных интересах не титула собственности, но самого ее использования по цене ниже ее рыночной ценности?»³⁶

Ту же точку зрения принял судья Бруэр, когда он в Федеральном суде низшей инстанции отменил постановление законодателей штата Небраска, регулирующие железнодорожные тарифы³⁷. Тогда он ссылаясь на дело Рейгана и утверждал, что в случае регулирования наносится еще больший ущерб, чем в случае принудительного отчуждения. Когда это дело дошло до Верховного суда³⁸, тот единогласно поддержал судью Бруэра, хотя судья Харлан в своем особом мнении добавил, что «явная ценность (т.е. рыночная ценность) собственности и лицензий, используемых корпорацией, как они представлены ее акциями, облигациями и векселями», не должна быть «единственным, что принимается во внимание, когда определяется обоснованность тарифов».

Очевидно, что мысль судьи Бруэра двигалась по кругу. Рыночная ценность — это текущая ценность ожидаемых тарифов. Если тарифы необоснованны, необоснованна и рыночная ценность. И тарифы, и рыночная ценность зависят от лицензии, и если лицензия не имеет ценности, то тарифы, которые придают ей ценность, чрезмерны. Когда в 1910 г. рассматривалось дело о покупке *Omaha Water Works Company*³⁹, суд, буквально только что отказавшийся принимать во внимание ценность лицензии в рамках дел о тарифах, не провел различия между делами о тарифах и делами о покупке и взамен ценности лицензии создал сущность «ценности действующего предприятия», как ее представляли себе судьи Бруэр и Сэ-

³⁶ Хотя прямо лицензия не упоминается, она очевидным образом подразумевается, поскольку рыночная ценность дороги включала любую дополнительную ценность лицензий.

³⁷ *Ames v. Union Pacific R.R. Co.* 64 Fed. 165. 1891.

³⁸ *Smyth v. Ames.* 169 U.S. 466. 1898.

³⁹ *Omaha v. Omaha Water. Co.* 218 U.S. 180. 1910.

видж. У муниципалитета Омахи было право покупки производственного оборудования компании по прошествии 20 лет, но с особой оговоркой в контракте, что за лицензию компании с неистекшим сроком действия не будет заплачено ничего. Оценщики определили ценность в размере 6 263 295 долл., включая «действующую ценность» в сумме 562 712 долл., против чего городские оценщики выразили протест (термин «действующая ценность» был использован в значении «ценность действующего предприятия»). Здесь опять-таки физическая структура, хотя и включающая, но без дополнительной спецификации⁴⁰, все накладные расходы, требующиеся для того, чтобы действующее предприятие обрело физическое соединение с клиентами и могло действовать, трактовалась судом как мертвая и незаконная структура в том смысле, который придавал термину судья Сэвидж, и, соответственно, дополнительная ценность придавалась ей постольку, поскольку она была физически связана с домами и на законных основаниях получала доход от клиентов. Суд в лице судьи Лертонa заявил: «Право покупки исключает любую ценность со стороны неистекшей лицензии; но эта оговорка не ограничивает ценность до основных элементов производства, его физической собственности (такой как земля, оборудование, водопроводные трубы, резервуары и т.д.) или до того, что потребовалось бы для восстановления каждого из этих физических элементов. По закону и по справедливости ценность должна включать все то, что вносит свой вклад самим фактом связи объектов, создающей заверенное и действующее производство. Различие между мертвым и живым производством является реальной ценностью, независимой и от продления лицензии, и от обычного гудвилла — репутации производства среди его клиентов. Этот тип гудвилла (как было установлено в деле *Consolidated Gas*, 212 U.S. 19) имеет малую коммерческую ценность (или даже не имеет вообще никакой), если, как и в данном случае, бизнес является естественной монополией, с которой клиент вынужден иметь дело независимо от своего желания. Совершенно очевидно, что имеется различие даже между затратами на воспроизводство элементов оборудования водопроводной компании (за вычетом амортизации) и коммерческой ценностью бизнеса как действующего предприятия»⁴¹. Это предположение, отметил суд, было подтверждено судьей Бруэром в деле *Kansas City*. «Мы не можем ничего добавить к рассуждениям сведущего судьи — и не будем это делать».

Как видно, в этом своем мнении суд, хотя и признал полностью обоснованность полной восстановительной стоимости в сумме 6 263 295 долл., включавшей все, вплоть до стоимости быстроты доставки продукции

⁴⁰ *Henderson C.C. Railway Valuation and the Courts* // 33 Harv. Law Rev. 1920. P. 1040.

⁴¹ *Omaha v. Omaha Water Co.* 218 U.S. 202-3.

потребителям, при исключении из оценки лицензии и гудвилла тем не менее добавил «действующую ценность» в сумме 565 712 долл., таким образом поместив на место ранее отвергнутых ценности лицензии и ценности гудвилла ценность действующего предприятия.

При том что ценность лицензии и ценность гудвилла были, таким образом, в деле *Omaha Water Works* воскрешены под именем «ценность действующего предприятия», на том основании, что это было дело о покупке, а не о регулировании, в делах последнего типа суд некоторое время следовал делу *Consolidated Gas*, исключая ценность действующего предприятия, но в конце концов поменял мнение в деле покупки *Omaha Water Works* и стал принимать во внимание ценность действующего предприятия также и в рамках дел о регулировании. Это дело, однако, не внесло ясности, поскольку даже если суд и включил в оценку «действующую ценность» как реальную, он тем не менее постановил, что тарифы не были снижены настолько, чтобы конфисковать ее⁴².

На той же сессии, когда рассматривалось дело *Consolidated Gas*, Верховный суд вынес решение по делу о тарифах *Knoxville Water*, используя аргументацию судьи Хока и исключив лицензии, гудвилл и «действующую ценность»⁴³. Двумя годами позже в деле о тарифах *Cedar Rapids Gas* Верховный суд недвусмысленно исключил «гудвилл, или преимущество, связанное с обладанием монополии, поскольку его можно счесть дающим истцу власть устанавливать цены, которые выше обоснованных»⁴⁴. Три года спустя после этого дела в деле о тарифах *Des Moines Gas*^{45 46} были исключены ценность гудвилла и лицензии, и суд постановил, что сомнительная «действующая ценность» покрывалась «накладными» расходами, уже включенными в отдельные статьи (продвижение товара, судебные и управленческие издержки, технические разработки, страховка, проценты, непредвиденные расходы). Однако путь к восстановлению лицензии, гудвилла или «действующей ценности» был открыт двусмысленным определением «ценности действующего предприятия».

Это восстановление произошло в ходе слушания дела о тарифах *Denver Water*⁴⁶ три года спустя после дела *Des Moines*. В деле *Des Moines* фигурировало такое определение «ценности действующего предприятия», которое можно было толковать как в смысле стоимости приобретения другого аналогичного производства, так и в смысле «ценности действующего предприятия», т.е. ценности ожидаемых доходов. Однако

⁴² Henderson. Op. cit. P. 1039.

⁴³ Knoxville v. Knoxville Water Co. 212 U.S. 1. 1909.

⁴⁴ Cedar Rapids Gas Co. v. Cedar Rapids. 223 U.S. 665, 669. 1912.

⁴⁵ Des Moines Gas Co. v. Cedar Rapids. 238 U.S. 153. 1915.

⁴⁶ Denver v. Denver Union Water Co. 246 U.S. 178. 1918.

в денверском деле таковой стала не себестоимость предприятия (включая накладные расходы), но дополнительные 800 000 долл., рассчитанные на основании тарифов, рационального использования ресурсов и наличия клиентов, «ведения бизнеса и зарабатывания денег». Однако в данном отношении очевидно, что «ценность действующего предприятия» является «явным удвоением накладных восстановительных расходов»⁴⁷.

Надо отметить, что в ходе слушаний по названным делам было сделано несколько важных шагов в сторону от характерного для ранних экономистов физического понятия товара — шагов к понятию действующего предприятия, управляющего как действующим производством с его производственной организацией, так и действующим бизнесом с его коммерческой организацией. Мы можем различить три шага применительно к значениям потребительной ценности и меновой ценности следующим образом:

Ликвидационная ценность, «товары» у ранних экономистов, включающая потребительную и меновую ценность, но оценивающаяся как демонтированные части действующего производства и составляющая остаточные активы компании, которые могут быть реализованы в том случае, если их продать отдельно от производства на существующих товарных рынках.

Ценность действующего производства, восстановительная стоимость физического производства как действующего производственного механизма, включая его сырье и незавершенное производство, а также все накладные расходы за период расчета восстановительной стоимости, вплоть до момента выпуска готовой продукции и доставки ее клиентам, которые либо физически забирают ее, либо потребляют на месте. Как физическая производственная организация действующее производство выпускает «общественную потребительную ценность». Как коммерческая совокупность физических вещей оно составляет «материальные» активы, оцениваемые не как отдельные части, но как завершенная функционирующая структура, все части скоординированны и реально работают. Именно это и есть та «вмененная» ценность, которая известна как физическая, или материальная, ценность⁴⁸.

Ценность гудвилла, ценность, добавляемая «навыками, усердием, точностью, успехом и репутацией» производственной организации, которая управляет действующим производством, коль скоро эта ценность превышает восстановительную стоимость действующего производства. Как потребительная ценность она проявляется в лучшем, сравнительно

⁴⁷ Henderson. Op. cit. P. 1043.

⁴⁸ См. раздел 4 этой главы, с. 190-191.

с конкурентами, обращении, или в более низких ценах, или в более высоких зарплатах за ту же работу, вызывающих доверие и поддерживающих лояльность клиентов, кредиторов или работников, которые без принуждения и при наличии бесплатных альтернатив тем не менее добровольно вносят свой вклад в более высокие прибыли компании. Как меновая ценность эта ценность гудвилла составляет не защищенные привилегией нематериальные активы.

Политическая ценность — это ценность, добавляемая привилегированным отношением со стороны политиков (будь то законодательной и исполнительной власти, судей или административных советов), при отдельных случаях употребления суверенной власти, коль скоро эта ценность превосходит ценность действующего производства и гудвилла, возникающую при простой легальности производства и незащищенности его от конкуренции. Как потребительная ценность эта политическая ценность обычно не означает дополнительную услугу клиентам, кредиторам или работникам, способствующую их доверию, лояльности или приверженности; скорее это исключительная привилегия, источником которой являются ошибки, коррумпированность или, наоборот, мудрость официальных лиц государства, и выражается она в освобождении от налогов, в специальных лицензиях, инсайдерской информации, судебных решениях и прочих проявлениях королевских прерогатив или современной суверенной власти, превосходящих те, которые получены конкурентами, пользующимися лишь обычными правами. Как меновая ценность эта политическая ценность, коль скоро она превосходит другие ценности, является нематериальными активами, защищенными привилегией. Ценность гудвилла и политическая ценность, как мы уже отчасти показали, обычно скрывается в ценности действующего предприятия, завышая эту ценность, для того чтобы показать их даже в балансе вместе с ценностью действующего бизнеса как единого целого.

Ценность действующего бизнеса. Каждая из предшествующих ценностей образуется в результате процесса определения вмененной ценности или разделения совокупных активов на части сообразно их предполагаемым источникам. Однако ценность действующего бизнеса устанавливается в результате собственно оценки, она есть ценность всех рыночных сделок всех лиц (будь то клиенты, инвесторы, работодатели или официальные лица), экономически соразмеренная таким образом, что с учетом валовых издержек образуется больший валовой доход, приносящий акционерам чистый остаточный доход. Именно это является эквивалентом рыночной ценности акций и облигаций, или капитализацией ожидаемого чистого дохода, как мы видели в деле *Adams Express*⁴⁹.

⁴⁹ См. с. 191.

После более детального рассмотрения этих пяти процессов оценки может показаться, что термины, использовавшиеся судами для обозначения ценности действующего производства, нередко свидетельствуют о том, что суды имели в виду ликвидационную ценность. Это, однако, неверно. Эти термины (такие как «мертвая структура», «основные элементы», «лом», «несоединенное производство», «неиспользуемое производство», «незаконно используемое производство») отсылают к действующему физическому производству, части которого согласованы, но которое посредством определения расчетной ценности мысленно отвлечено от действующего бизнеса.

И вот это действующее производство является «капиталом» в производственном смысле, но не капиталом в коммерческом смысле, поскольку оно производит потребительные ценности, или услуги, но не приносит в обмен никаких других ценностей. Но в то же самое время действующее производство — это материальные активы бизнеса. Это противоречие заключается в неумении отличать процесс определения вмененной ценности от процесса оценки⁵⁰. Определение вмененной ценности отсылает к нескольким рынкам, на основании чего эта ценность устанавливается для нескольких типов активов. Ценность товаров, как это хорошо известно, определяется не исходной стоимостью производства или количеством заключенного в них труда (как то полагали ранние экономисты и Карл Маркс), но текущей восстановительной стоимостью с учетом амортизации по сложившимся ценам на существующих рынках. Именно этот процесс определения вмененной ценности устанавливает «ликвидационную ценность» отдельных частей производства, как если бы они продавались порознь на своих отдельных рынках. Они являются отдельными активами, но если производство демонтировано, то обесценивание частей будет столь велико, что, как хорошо известно, ликвидационная ценность может составить 5, 10 или 20% от ценности завода как функционирующего механизма. Это все равно, что велосипед, — производителю было бы сложно оценить отдельные части велосипеда в мастерской больше, чем, скажем, в 20% от ценности действующего велосипеда. Части велосипеда — это товары; их вмененная ценность — это их ликвидационная ценность. А велосипед — это действующее предприятие, части которого согласованы и которое, таким образом, производит особую потребительную ценность. В этом случае сам велосипед выглядит как товар, но то же самое касается и фабрики, фермы, склада, которые производят продукцию, но рассматриваются как товары в широком смысле слова — как нечто, что может продаваться и покупаться как единое целое. Однако все таковое — это особое, производственное

⁵⁰ См. с. 191.

единое целое, действующее производство со своей рыночной ценностью, где несколько частей обладают вмененными ценностями.

Точно так же дело обстоит с ценностью действующего производства, которую суды называли «ломом» или «мертвой структурой». Она тоже является вмененной ценностью — в соотношении с ценностью действующего бизнеса. Одним из аспектов различия между ликвидационной ценностью и ценностью действующего производства является то, что рассчитывается как «технические накладные расходы». Именно технические накладные расходы делают ликвидационную ценность ценностью действующего предприятия, и они включают определенные затраты, которые, в строгом смысле, не являются техническими. Например, поручение техническому персоналу произвести такую оценку может дать предполагаемый покупатель действующего бизнеса, который, обладая действующим бизнесом или лицензией, но не производством, хочет узнать, сколько ему будет стоить привести действующее производство в его текущее состояние, обеспечивающее оказание реальных услуг, за которые бизнес, как ожидается, будет получать текущие же цены. Оценка включает полную цену строительства текущего производства, но не цену «построения» бизнеса. Как таковая она включает, в дополнение к вмененной рыночной ценности всех отдельных частей как отдельных статей, также вмененную накладную стоимость продвижения, строительства, установки (например, юридические, технические, коммерческие расходы, страховку, непредвиденные расходы и проценты на издержки в процессе строительства, а также все управленческие затраты). Эти «технические накладные расходы» были оценены в деле о тарифах *Des Moines Gas* в 15% от совокупной стоимости базовых статей.

Таким образом, то же самое правило восстановительной стоимости с учетом амортизации и при сложившихся ценах применимо для определения как ликвидационной ценности, так и ценности действующего производства. И то и другое — это особый случай определения вмененной ценности или того, что можно обозначить как альтернативную рыночную ценность либо как восстановительную стоимость, поскольку таковое одновременно и вмененная стоимость, и вмененная ценность. Оно есть расчетная стоимость для покупателя, поскольку является для него расходом, и расчетная ценность для продавца, поскольку является для него доходом. Но оно есть альтернативная рыночная ценность и альтернативная рыночная стоимость, поскольку его ценность определяется через соотношение с тем, что оно могло бы стоить на альтернативном свободном рынке при сложившихся рыночных ценах. Оно обладает природой «ценности ущерба», или, технически, «ценностью отсутствия возможности», будучи альтернативной ценой, которую некто должен был бы заплатить, если бы не обладал существующим производством.

Таким образом, ценность действующего производства является вмененной, или альтернативной, рыночной ценностью, т.е. восстановительной стоимостью, рассчитанной для производства с учетом его амортизации при сложившихся ценах на существующих рынках.

Мы проводим здесь различие между реальной приведенной рыночной ценностью и вмененной, или альтернативной, рыночной ценностью. Приведенная рыночная ценность — это известная ценность действующего бизнеса. Альтернативная рыночная ценность — это приведенная ценность действующего производства. Приведенная рыночная ценность и альтернативная рыночная ценность совпадают всегда, когда не примешиваются политические и этические проблемы. Ибо рыночная ценность есть не что иное, как цена, на которой сошлись бы покупатель и продавец на свободном рынке в свете ожидаемой приведенной ценности собственности. Однако когда по этическим или политическим причинам приведенная ценность ставится под вопрос, тогда реальная рыночная ценность может совершенно исчезнуть, и если она появится вновь как вмененная ценность, то основания для этого могут быть разными. Раб обладал для хозяина приведенной ценностью, а потому и рыночной. Но когда по политическим соображениям рабы были уравнены в правах со свободными гражданами, их рыночная ценность исчезла, поскольку их ожидаемую приведенную ценность стало нельзя покупать и продавать. Так же и с действующим производством. Если частная собственность отменена, то сама ее незаконность, как невинно заметил судья Сэвидж, уничтожит как ее приведенную ценность, так и рыночную. Если, однако, частная собственность не уничтожена, но предпринимаются попытки уничтожить только ее дискреционное право устанавливать незаконные цены, тогда сущность частной собственности сохраняется во вмененных ценностях, которые могут быть получены на альтернативном свободном и равноправном рынке, где на покупателя не оказывается давление, поскольку он свободно может построить или купить равноценную собственность по сложившимся ценам на существующих рынках, а не брать то, что предлагается по цене, в которой учтена доходность, защищенная привилегией.

Таким образом, это является вопросом, относящимся к ценности действующего предприятия. Судья Сэвидж, обосновывая это, был вынужден опираться на саму приведенную ценность, которая была поставлена под вопрос по этическим и политическим причинам. Он ликвидировал ее как ценность лицензии, поскольку тогда могло бы показаться, что ее источником является незаконная приведенная ценность. Но он восстановил ее как ценность действующего предприятия, поскольку, конечно же, предприятие должно иметь приведенную ценность для того, чтобы обладать рыночной ценностью. Также мы видели, как Верховный суд

в делах *Knoxville*, *Cedar Rapids* и *Des Moines* обоснованно (хотя и временно) исключил приведенную ценность лицензии, защищенную привилегией, и принял вмененную альтернативную рыночную ценность «накладных расходов» как то, на что можно претендовать как на ценность действующего предприятия. Однако в более поздних делах о регулировании тарифов и во всех случаях приобретения собственности суд добавил к строительным накладным расходам, основанным на альтернативной восстановительной стоимости, ценность действующего предприятия, основанную на его доходности. Тем не менее это не было реальной рыночной ценностью при существующих тарифах, как то полагал судья Бруэр, но, по общему мнению, являлось расчетной ценностью, причудливо сконструированной частично из доходности, которая, будучи чрезмерной, была незаконной, частично из физических соединений судьи Бруэра, за которые не платила компания, а частично из привилегированной законности судьи Сэвиджа, противопоставленной незаконности вместо общей законности.

6.6. Невозмещенные услуги

Мы обнаружили интересное различие, заключающееся в том, что если экономисты с середины XVIII в. создавали свои теории ценности исходя из отношения человека и природы, проявляющегося в форме предметов потребления и ощущений, то суды создавали свои теории ценности исходя из санкционированных и несанкционированных сделок между людьми в форме гудвилла и привилегии. Эти процессы оценки неотделимы друг от друга, но принадлежат к разным порядкам мысли. Человек в качестве производителя преодолевает силы природы для того, чтобы удовлетворить потребности человека как потребителя. Природа предоставляет некие «элементарные» полезности, химические, физические, гравитационные свойства материи, а человек изменяет их в «полезность формы», или движет их в «полезность места», или запасает их как «полезность времени» таким образом, чтобы удовлетворить все свои потребности, где бы и когда бы они ни возникли.

Это, конечно, основные потребности, которые присущи и другим животным. Но то животное, которым является человек, выходя на национальные и международные рынки, требует чего-то дополнительного. Все, что человек потребляет, проходит сперва через руки многих других людей, и каждый человек зависит от предшествующего выбора наилучших исходных полезностей в придании им формы и в регулярном перемещении их в необходимые места. С ростом по мере развития торговли этой взаимозависимости возрастала неосведомленность человека и уве-

личивалась его зависимость от уверенности в честности, прилежании, расторопности и хороших управленческих способностях других людей. Короче говоря, доверие к другим является главнейшей из полезностей, так как без него каждому индивиду пришлось бы удовлетворять свои потребности, либо непосредственно взаимодействуя с природой, либо при помощи семьи или небольшого племени, членов которых он может видеть и контролировать.

Чтобы учесть это доверие, необходимость в котором возникает вследствие взаимной зависимости, Адам Смит вынужден был предположить, что человек направляется «невидимой рукой», «законом природы» (его термин для Божественного Провидения), который приводит к тому, что человек, преследующий собственные интересы, удовлетворяет потребности других, не имея такого намерения⁵¹. Однако опыт показал, что именно эта невидимая рука приводит к мошенничеству и производству «дешевых и отвратительных» товаров, которые предлагаются потребителям; и это обстоятельство подвигло Карлайла, Раскина, Морриса и других экономистов-романтиков на обращение к принципам общинного производства и потребления, характерного для Средних веков. Однако, не возвращаясь в прошлое, суды начали адаптироваться к неопределенностям в настоящем. Уже в 1580 г. видимая рука суда начала расширять область применения судебного приказа о возмещении ущерба (*writ of trespass*), чтобы защитить репутацию производителя, построившего свой бизнес на доверии, которое он обрел среди клиентов благодаря качеству товаров⁵². Он добавил к своему товару нематериальную полезность: не только элементарную полезность и полезность формы, места и времени, которые покупатель мог видеть и ощущать в товаре, но и невидимую полезность доверия подразумеваемым обещаниям другого, также присоединенным к товарам, которые произведены этим другим. И если можно сказать, что производство богатства является производством любой или всех услуг, способствующих устранению человеческих недостатков, главным из которых является незнание, и что надежным свидетельством данной услуги является реальное поведение, то эта нематериальная полезность, обещания, вселяющие уверенность в правильном поведении других лиц, также производят богатство. Таким образом, пятью составляющими потребительной ценности являются: элементарные полезности, предоставляемые природой, полезности формы и места, предоставляемые трудом, полезность времени, предоставляемая инвесторами, и полезность доверия, предоставляемая репутацией человека. Короче говоря, доверие к другим является «косвенной»

⁵¹ *Smith A. Wealth of Nations. Vol. I. P. 421.*

⁵² См. главу VII, раздел 2.

полезностью, без которой современное общество не смогло бы достичь достаточного изобилия необходимых элементарных полезностей, а также полезностей формы, времени и места.

Эти различия позволяют нам определить роли, которые играют действующее производство и управляющая им производственная организация, а также приписать эти роли различным отраслям науки. Действующее производство является силами и материалами природы в процессе удовлетворения человеческих потребностей под контролем человеческого труда. Это отношение человека к природе имеет три аспекта, определяемые как мастерство, наука и инженерия. Мастерство обращено на удовлетворение конечных потребителей посредством приспособления человеческих и природных сил к их потребностям и характеру. Наука является знанием этих сил применительно к тем процессам, в которых они действуют. Инженерия — это экономия, или экономное соразмерение этих сил для достижения наибольшего объема полезности при наименьших затратах энергии. Мастерство и наука расточительны; инженерия экономна. Мастерство — это цели и идеалы; наука — это гипотезы и их проверка; инженерия — это планирование, оценка и исполнение. Мастерство направляет, наука постигает, инженерия исполняет. Вместе они составляют поле естественной, или технической, экономики, включая не только контроль над действующим производством, но также руководство производственной организацией, которая управляет производством. Они составляют поле человеческих и не-человеческих сил, которые должны быть постигнуты перед тем, как стать обращенными на производство богатства. Соответствующими науками, при помощи которых стремятся постигнуть эти силы, являются физика, химия, биология, психология животных и та психология человека, которая в последнее время известна как «научный менеджмент» с его «качественным» и «количественным» руководством и «научная реклама» с ее искусством продаж. Во всех отношениях экономика полезности является единством мастерства, науки и инженерии в контроле и соединении в определенной пропорции природных и человеческих сил. Это — экономика действующего производства и его производственной организации. Само производство является силами природы, соединенными сообразно качествам, запасам и стоимости каждой из сил; производственная организация — это человеческие силы, соединенные сообразно запасу и ценам их физических, умственных и управленческих способностей. Предприниматель гордится своим производством и своей организацией. Его «хорошая организация» — это правильные пропорции при объединении человеческих способностей. Его эффективное производство — это правильные пропорции при соединении природных сил. Они неотделимы друг от друга. Без производственной организации действующее производство

является «мертвой структурой». Производственная организация бесплодна без действующего производства. Они являются неразделимыми отношениями человека к природе, соразмеренные и сэкономленные соответственно тому, как члены действующего предприятия понимают мастерство, науку и инженерию.

Однако инженерная экономика, производя товары, сама по себе не производит доверия к товарам. Доверие происходит из добросовестности и хорошего обслуживания. Таким образом, производство богатства неотделимо от единства мастерства, науки, инженерии и *этики*. Этика — это сфера производства той невидимой полезности, доверия, без которого невозможно произвести даже материальные полезности. Потребительная стоимость этики — это доверие к другим, а меновая ценность этики — это рыночная ценность их гудвилла.

Гудвилл, как и прочие полезности товаров, весьма разнообразен в том, что касается его пропорции к другим полезностям. Он уменьшается и увеличивается относительно других полезностей в силу множества причин. Ошибки, плохое обслуживание, нечестность, сознательная дезинформация уменьшают его ценность как актива, поскольку снижают доверие. Более того, расположение клиентов в определенной степени изменяется обратно пропорционально их нуждам, а потому монополия, привилегия, неоправданные преимущества и другие формы экономического принуждения, уменьшая гудвилл как актив, соответственно увеличивают — в качестве актива — общественные нужды. Действительно, гудвилл является активом, открытым для конкуренции, и уменьшается в ценности по мере увеличения предложения конкурирующих гудвиллов. Как только благодаря развитию законов и обычаев честной конкуренции конкуренция достигает определенного уровня, гудвилл отдельной фирмы снижается до более общего гудвилла, который представляет из себя всего лишь обычную законность, прилагающуюся ко всем конкурирующим товарам. Гудвилл теряет свою особую ценность в качестве актива, хотя он может обрести и новые формы, например предоставления услуг лучшего качества, и продолжить свое существование даже при более высоком уровне конкуренции.

Но гудвилл, будучи общественным отношением, включает взаимность. Он есть ожидание взаимных выгодных сделок. Он предполагает явный или неявный договор, затрагивающий поведение сторон и требующий возмездных услуг, что является не чем иным, как отношением кредитора и должника, предполагающим отношение инвестирования. Даже наемный работник инвестирует в бизнес — вплоть до того момента, когда ему выплачивают зарплату, поскольку он добавляет свою услугу по ожиданию к своей услуге по работе, и размер его инвестиций равен размеру его возмещенных услуг. В день зарплаты его требования

удовлетворяются, и явный инвестор, претендующий на покупательную способность, перенимает от наемного работника услугу по ожиданию, и так далее, вплоть до того момента, когда происходит окончательное возмещение, заключающееся в цене, которую платит конечный потребитель, являющийся взаимосоответствующим производителем.

Таким образом, действующее предприятие, несмотря на то, что оно является потоком сделок, строится на ожидании подразумеваемых соглашений о том, что сделки будут средствами возмещения пока еще невозмещенных услуг. Это — процесс инвестирования и ликвидации задолженности, внедренный в институт частной собственности, который наделяет собственника властью отказывать в предоставлении услуг до тех пор, пока ожидаемое возмещение не будет сочтено достаточным. Именно признание этих этических отношений между инвестицией и возмещением в последние годы привело к изменениям в определении капитала и собственности. Начало было положено Железнодорожной комиссией штата Висконсин в деле *Antigo*⁵³, а продолжение имело место в других делах, рассматривавшихся Верховным судом штата⁵⁴. Была прослежена финансовая история: сопоставлены первоначальные инвестиции, последующие убытки и прибыли и выведена сумма «некомпенсированных расходов», или «чистых совокупных убытков», или «некомпенсированных обоснованных убытков»⁵⁵, которая была принята во внимание как «сумма, которую бизнес должен капитализировать для того, чтобы владелец получил обоснованные доходы с прошлых инвестиций»⁵⁶.

Этот метод оценки неудачен в том отношении, что требует реконструкции счетов с самого начала, и должен устанавливать то, что *было* обоснованной нормой прибыли в прошлом, для того чтобы рассчитать прибыли и убытки. Тогда как в прошлом, до законодательного акта, регулирующего прибыль, ожидания инвесторов не были ограничены настолько, насколько они ограничены теперь. Физическое производство строилось отчасти, вероятно, из прибылей (которые в то время, даже и

⁵³ Hill v. Antigo Water Co. 3 W.R.C.R. 623. 1909; Whitten R.H. Valuation of Public Service Corporations. Vol. 1. 1912. P. 520; Vol. 2. 1914. P. 1274.

⁵⁴ Appleton Water Works Co. v. R.R.Com. 154 Wis. 121. 1913.

⁵⁵ Cp.: Bauer J. Bases of Valuation — The Control of Return on Public Utility Investments // 6 Amer. Econ. Rev. 1916. P. 568, 575; Allison J. Ethical and Economic Elements in Public Service Valuation // 27 Quar. Jour. Ec. 1912. P. 27; Commons J.R. Testimony before Interstate Commerce Committee of U.S. Senate. 1913; Henderson G.C. Railway Valuation and the Courts // 33 Harv. Law Rev. 1920. P. 902; Richberg D.R. A Permanent Basis for Rate Regulation // 31 Yale Law Jour. 1922. P. 263. Выводы этих авторов явным образом прослеживаются в мнении по делу Galveston Elec. Co. V. City of Galveston. 272 Fed. 147. 1921 and 42 Sup. Ct. Rep. 351. 1922.

⁵⁶ Appleton W.W. v R.R.C. 154 Wis. 121, 147, 179.

будучи чрезмерными, рассматривались как собственность тогдашних инвесторов), а отчасти на основании нового выпуска акций. Более того, этот метод компенсирует инвесторам прошлые убытки, в то время как открытый конкуренции бизнес, наоборот, несет потери в трудные времена или из-за плохого управления. Он добавляет сумму всех убытков к текущей капитализации, в то время как открытый конкуренции бизнес списал бы активы.

Более правильным подходом к тому, что инвесторы действительно ожидали в прошлом, является определение того, что они действительно вложили в производство, год за годом, при тогдашних ценах на строительство. Производство, как оно выглядит теперь, состоит из частей, некоторые из которых относятся ко времени его возникновения, некоторые являются заменой его более ранних частей, некоторые служат его расширению, и все они более или менее обесценились со временем и в результате использования. Действительная стоимость этих отдельных частей на определенные даты их ввода в эксплуатацию, с учетом текущей амортизации и при включении технических накладных расходов на согласование частей, составляет то, что Бауэр назвал «чистыми затратами на ввод в эксплуатацию»⁵⁷, или то, что в Федеральном законе об оценке было определено как «первоначальные издержки на определенную дату»⁵⁸ и представляет из себя меру уверенности инвесторов на дату инвестирования в будущем собственности как единого целого. Полученная таким образом на день оценки сумма представляет ценность собственности, которую инвесторы вложили в бизнес при тех ожиданиях, которые они имели на то время, когда осуществлялись инвестиции. Это дает «наиболее реальное приближение к прямым убыткам инвесторов»⁵⁹ и сумме их невозмещенных услуг, измеряемой их собственным представлением о том, каково должно было быть возмещение на момент ввода в эксплуатацию с учетом всех изменений обстоятельств, исторически происходивших в этом производстве.

Короче говоря, «чистые затраты на ввод в эксплуатацию», или «первоначальные затраты за вычетом амортизации», исторически измеряют расположение со стороны инвесторов по мере их реального, день за днем и год за годом изменения отношения к бизнесу.

Действительно, гудвилл является свободным выбором альтернатив обеими сторонами сделки. Выбор альтернатив инвестором — это выбор между ожидаемыми доходами, которые предполагается получить от инвестиций. То, что он отдает, — это наличная покупательная способ-

⁵⁷ *Bauer. Op. cit. P. 582, 583.*

⁵⁸ *U.S. Statutes. An Act to Regulate Commerce. Sec. 19a. 1913.*

⁵⁹ *Bauer. Op. cit. P. 583.*

ность. То, что он ожидает, — это будущая покупательная способность. Хорошее расположение со стороны инвестора — это хорошая репутация бизнеса. Оно зависит от доверия инвестора к управленцам и уверенности в соответственном вознаграждении, которое предполагается получить за продукт. Как мы видели, монополия и привилегированный рынок справедливо считались противоречащими расположению со стороны потребителя, поскольку они ограничивают его свободу выбора; тем не менее та же монополия или привилегированный рынок самым непосредственным образом способствуют хорошему расположению со стороны инвестора на момент осуществления инвестиций, поскольку его неинвестированный капитал на «денежном рынке» является наиболее совершенным из всех инструментов свободного выбора. Если действующее предприятие обладает доверием инвестора, превышающим доверие к альтернативным инвестициям, то он, будучи сторонним лицом, выразит его в готовности платить высокую цену за новые ценные бумаги, снижая, таким образом, размер процентов или прибыль от своих инвестиций; или же, будучи акционером, он выразит это доверие тем, что задекларирует в качестве дивидендов только часть чистого дохода, оставив другую часть для реинвестирования в бизнес. В обоих случаях ожидаемый чистый доход бизнеса в момент действительного строительства или реконструкции является средством получения от инвесторов в этот момент больших средств на расширение, замену и ремонт, чем мог бы принести бизнесу такой же чистый доход при меньшей доверии инвесторов. Это доверие проникает в физические измерения и состояния производства как первоначальная стоимость строительства, а также в качество и количество предоставляемых услуг, и это есть не что иное, как первоначальная стоимость каждой существующей части предприятия на ту дату, когда она была реально установлена.

Заработная плата и жалование в прошлом возместили все услуги членов коммерческой организации по принятым на тот момент расценкам. Они не имеют дальнейших требований к бизнесу. Проценты и дивиденды в прошлом возместили услуги инвесторов сообразно существовавшему на тот момент рискам и условиям, на которых делались инвестиции. В дальнейшем они уже не могут предъявить справедливые претензии по поводу убытков, поскольку по умолчанию согласились принять их, — так же, как к ним самим не может быть предъявлено претензий по поводу полученных в прошлом прибылей, поскольку именно ожидание прибыли побудило их согласиться с возможностью убытков. Таким образом, ни операционные доходы и расходы прошлого, ни возмещение, предоставленное инвесторам в прошлом, не должны приниматься во внимание для установления размеров невозмещенных услуг. Как бы ни обстояло дело, это был свободный выбор альтернатив, сделан-

ный всеми сторонами при всех условиях и ожиданиях на время действительного строительства или реконструкции, именно так, как побуждает принимать решения конкурентный бизнес. Возникшее на основе этих прошлых решений, в соответствии с ценами, заплаченными в прошлом, действующее производство продолжает существовать при своем текущем уровне износа, измеряемое «первоначальными затратами за вычетом амортизации», и представляет то, что инвесторы действительно вложили в бизнес, сделав собственный свободный выбор.

Таким образом, мы видим, что «действующее предприятие» начинает распадаться на три понятия, каждое из которых отличается от другого размером ценности в терминах активов, определяемой различными методами для различных целей.

Во-первых, имеется действующее производство, физическая вещь, чья «структурная ценность», «физическая ценность», «материальная ценность» являются вмененной ценностью, определяемой как восстановительная стоимость, т.е. стоимость воспроизводства при существующих условиях такого же оборудования, соединенного с клиентами и доставляющего им свою продукцию. В его оценке в качестве активов руководствуются тем принципом конкурентных издержек классической экономической теории, согласно которому меновая ценность вещи определяется не первоначальной стоимостью ее производства, но ее текущей восстановительной стоимостью. Этот принцип, однако, прилагается не к отдельным товарам, но к тому расширенному товару, которым является завершающее функционирующее предприятие, все части которого согласованы между собой. Оценка или переучет действующего производства — это его расчетная «текущая ценность» в смысле цены, которую за него в его текущем состоянии заплатил бы покупатель, если бы он обладал бизнесом или лицензией, но не владел бы производством и должен был бы строить его заново по текущим ценам.

Во-вторых, имеется действующий бизнес, гармоничное функционирование материальных, невещественных и нематериальных активов, чья «ценность действующего предприятия», или, вернее, «ценность действующего бизнеса», является ценностью ожидаемых сделок. В его оценке руководствуются принципом *ожидания*, психологический базис для которого был впервые разработан Бем-Баверком в Австрии и представлен в завершенной психологической и экономической форме Фишером в Америке⁶⁰. Эта концепция также говорит о «текущей ценности», но ее направляет не стоимость воспроизводства, а текущая ценность ожидаемой рыночной власти, т.е. предвкушение в настоящем чистого дохода, ожидаемого в будущем.

⁶⁰ *Boehm-Bawerk E. v. Positive Theory of Capital. Tr. 1891; Fisher I. Nature of Capital and Income. 1906.*

В-третьих, имеются реальные инвестиции, «первоначальные издержки на определенную дату», «фактическая стоимость», «чистые затраты на ввод в эксплуатацию», «некомпенсированные обоснованные убытки»; в данном случае процедуры оценки направляемы тем этическим принципом, который обращает внимание на отношение между услугами и вознаграждением за них. Эта оценка также дает «текущую ценность», но данная ценность есть сумма невозмещенных услуг — услуг, оказанных в прошлом, но до настоящего момента не возмещенных клиентами и конечными потребителями.

Эти три аспекта действующего предприятия являются, по сути, также тремя концепциями капитала. Во-первых, это классическое понятие капитала как физических вещей, которыми владеют для будущего производства и получения дохода, но чья меновая ценность в системе свободной конкуренции на товарных рынках не может превысить восстановительную стоимость. Во-вторых, это более широко принятое в бизнесе понятие капитала как покупательной способности активов (материальных, нематериальных и невещественных), обладающих как действующее предприятие текущей рыночной ценой, определяемой капитализацией ожидаемого чистого дохода. В-третьих, это этическое понятие капитала как суммы невозмещенных услуг тех, кто в прошлом отдал свою собственность для будущего использования другими и получил право на вознаграждение в будущем. Согласно первой концепции капитал — это текущие рыночные цены на физические вещи; согласно второй концепции капитал — это текущая ценность будущей рыночной власти; согласно третьей концепции капитал — это текущая ценность невозмещенных услуг.

Те же самые сдвиги имеют место в понятии «собственность»⁶¹. Согласно первому понятию собственность — это физические вещи, которыми владеют для производства и продажи; согласно второму понятию собственность — это ожидаемая рыночная власть; согласно третьему понятию собственность — это услуги, оказываемые в ожидании будущей рыночной власти, несомненной на тот момент.

Эти несколько ценностей капитала и собственности, получаемых на основании этих трех принципов оценки и определения расчетной ценности, необязательно будут тождественны. Если бы ценность была неизменным внешним объектом, обладающим физическим существованием, то в одно и то же время и в одном и том же месте вещь обладала бы только одной ценностью. Но если ценность — это процесс оценивания, то цели оценки определяют то, чем будет ценность⁶². Если целью явля-

⁶¹ Речь не идет о «правах на собственность».

⁶² См. главу IX. Ср.: *Friday D. An Extension of Value Theory* // 26 Quar. Jour. Econ. 1922. P. 197.

ется установление этического отношения между покупателем и продавцом, кредитором и должником, работодателем и работником, сувереном и гражданином, выраженного в ценах, то тогда у одной и той же вещи должно существовать столько же ценностей, сколько существует таких элементарных человеческих отношений. Действительно, в этом случае цена является мерой справедливости и несправедливости в той же степени, в какой следствием спроса и предложения, и чем больше цены контролируются правительствами и союзами труда или капитала, тем больше они являются таковой мерой.

На пути принятия этого этического понятия капитала и собственности стоят два других, пришедших из прошлого. Первое — это индивидуалистическое, физическое понятие ценности как восстановительной стоимости, определяемой свободной конкуренцией. Другое — это концепция ценности как текущей ценности действующего бизнеса, принятая в бизнесе. Эти два понятия тесно связаны друг с другом. Восстановительная стоимость рассматривается как стоимость воспроизводства не только действующего производства, но и действующего бизнеса. Но действующее производство и действующий бизнес принадлежат двум различным и даже противоположным системам. Действующее производство — это производственная организация, оказывающая услуги населению. Действующий бизнес — это коммерческая организация, приносящая доход производителям. Первое — это услуги для других лиц; второе — это власть над ними. Первое — это средство оказания услуг; второе — это власть, позволяющая получать цены за услуги. Следовательно, оценка первого и второго происходит на уровне двух различных социальных отношений и с двух различных позиций.

Восстановительная стоимость определяется как цена, на которую согласились бы, преследуя свои частные цели, продавец и покупатель. Какова была бы цена, которую покупатель заплатил за воспроизводство производства и бизнеса, вместо того чтобы купить их как они есть? Ценностью для него являются приблизительные альтернативные убытки, альтернативные рыночные цены, «ценность ущерба», которому покупателю пришлось бы подвергнуться для того, чтобы получить производство (если у него имеется бизнес без производства), или для того, чтобы создать аналогичное производство и бизнес (если у него нет ни того, ни другого). То, что он капитализирует в обоих случаях, — это цена, которую ему придется заплатить за получение аналогичного дохода в будущем, вместо того чтобы купить рассматриваемый доход, принадлежащий продавцу. Он капитализирует бизнес по его «ценности ущерба».

Но когда вмешивается государство, представляющее не продавца и покупателя, но «общее благо» с его общественными целями, оно поступает так постольку, поскольку ставится под вопрос сам доход, — на

том основании, что он рассматривается теперь как происходящий не от гудвилла, но от привилегии. Таким образом, происходит попытка восстановить отношение к тому, что было бы в случае, если бы клиенты были свободны в своем выборе производителей. Клиенты обладают малой свободой выбора (или вообще никакой), но оценка собственности осуществляется как требование по отношению к ним. Подразумевается, что они являются должниками, а оценка собственности является ценностью ожидаемых тарифов, которые они обязаны платить за услуги. Если действующий бизнес, как он есть, капитализируется как требование к клиентам, то он оценивается вопреки их нежеланию, в то время как обоснованной мерой для цен, которые они должны платить, является лишь их добровольная приверженность.

Гудвилл, конечно, подобен привилегии в том, что он является заметным преимуществом перед конкурентами и, следовательно, приносит больший доход на реальные инвестиции. Он отличен, однако, в том, что является весьма хрупким преимуществом и должен сохраняться за счет постоянного внимания к услугам. Практический вопрос, следовательно, таков: должен ли элемент гудвилла быть признан в форме капитализации или в форме нормы прибыли? Оценка собственности устанавливает постоянные требования к клиентам, не зависящие от услуг, которые могут быть оказаны впоследствии. Но меняющаяся норма прибыли не устанавливает постоянного требования к ним, поскольку она изменяется вместе с условиями ведения бизнеса и с ростом и падением гудвилла. Здесь мы достигаем самой сути попыток регулирования частного бизнеса. Гудвилл не может быть должным образом капитализирован в целях регулирования тарифов. Это актив, зависящий от ожидаемых услуг. Более верным методом, соответствующим природе гудвилла, является принятие подвижной шкалы расценок и прибылей, такой, чтобы при понижении цен предприятие получало бы большую прибыль, а при повышении цен — наоборот. Здесь, однако, неуместно рассматривать возможности практического применения и детали этого метода⁶³.

⁶³ О системе подвижной шкалы см.: Civic Federation Report on Municipal and Private Operation of Public Utilities. 1907. Vol. 1. P. 24.

VI. Соглашение о ренте — феодализм и потребительная ценность

Орт, что весьма удобно для наших целей, собрал множество юридических определений собственности, и они демонстрируют смущающее разнообразие. Среди этих определений — «право улучшать, использовать, хранить, владеть и распоряжаться вещью», «право защищать свою собственность любыми законными способами», «любое могущее обладать ценностью право или интерес», «все, даже самое незначительное, к чему может быть применено право собственности», «все, что обладает меновой ценностью», будь то «вещественное и невещественное», «материальное или нематериальное», «видимое или невидимое», «движимое или недвижимое», включая «труд и право на труд», «сервитуты и лицензии», «закладные», «горные отводы», «любое право и титул на недвижимость», «право ареста и преимущественное право покупки недвижимости», «деньги, товары, движимое имущество», «заявки на страхование от огня», «страховые полисы», «нематериальное имущество, на которое может быть заявлена претензия», «долговые обязательства платежеспособных лиц», «доли в акционерном капитале», «патенты» и «идеи»¹.

Такое разнообразие в значениях термина «собственность» (как и термина «свобода») является результатом столетий эволюции права, и, следовательно, мы можем ожидать какой-либо видимости порядка только в том случае, если расположим эти значения в исторической последовательности и рассмотрим различные источники их возникновения. Исследование, представленное в последующих главах, предложит два источника современных значений. Первый — это королевская прерогатива, второй — это общее право. Оба эти начала развивались совместно и фактически неотделимы друг от друга. Королевская прерогатива происходит из завоевания, общее право — из убеждений и обычаев народа. Но все эти обычаи и убеждения истолковывались королевскими судьями и вводились в действие опять же королевскими исполнителями. Вильгельм Завоеватель, как и его правоведы, не проводили различия

¹ Ely. Property and Contract. 1914. P. 855; также см.: *Bouvier*. Op. cit. 2750.

между королевской собственностью и королевским суверенитетом². И то и другое было скорее «владением», но не «собственностью». Вильгельм был королем и землевладельцем. Земля принадлежала ему по праву завоевания, а население являлось его подданными. Таким образом, собственность и суверенность были одним и тем же, поскольку и то и другое было не чем иным, как властью над вещами и лицами.

Подобное понимание владения и господства преобладало и среди свободных людей, на всех ступенях феодальной лестницы. Мы говорили о примитивном понятии собственности как исключительного владения вещами для их использования и применения владельцем. Но это «использование и применение» были чем-то большим, нежели просто материальное владение вещью. Они были контролем над поведением подчиненных лиц. Собственность была господством на основании владения³. Она была личным отношением приказанья и подчинения. «В средневековой Англии можно было называть человека “господином” скота или другого движимого имущества»⁴, и даже Блэкстоун в свое время мог определять собственность как «единоличное и деспотическое господство над внешними вещами мира, на которое притязает человек и которое полностью исключает права на них всех остальных индивидов во Вселенной»⁵.

Но в этот ранний период «единоличное и деспотическое господство» было не просто господством над вещами, оно было реальным господством над частью или над всем человеческим поведением. Земля, сервы, вилланы — все это шло вместе. Контроль над ними распределялся по восходящей шкале: от низшего из свободных до самого короля. Любой свободный человек был одновременно «владельцем» и «господином» тех услуг, которые входили в его долю личных услуг других людей, и эти личные услуги предоставлялись в форме физических продуктов⁶. Примитивный ум с трудом мог воспринять что-либо, кроме физических объектов и индивидуальных лиц, и, безусловно, это было не чем иным, как отражением фактов. В век насилия правила воля могущественных индивидов; в век крепостничества физический контроль над лицами

² *Maitland F. W.* Domesday Book and Beyond. 1907. P. 102, 168, 169; *Holdsworth* 1VS. A History of English Law. 1903. Vol. 1. P. 10; Vol. 3. P. 354; *Jenks E.* Short History of English Law. P. 26.

³ *Pollock, Maitland.* History of English Law. 1911. Vol. 1. P. 149. Авторы подчеркивают, что средневековый человек имел дело только с физическим владением вещами и с трудом бы понял позднее определение собственности, не предполагающее физического владения.

⁴ *Ibid.* Vol. II. P. 4.

⁵ 2 Bla. Cot. 2.

⁶ *Pollock, Maitland.* Op. cit. Vol. 2. P. 145, 148, 181.

был едва ли отличим от исключительного владения землей и движимым имуществом. Тогда еще не существовало денежной экономики, при помощи которой рента могла бы быть обращена в цену, а личная свобода работника, благодаря которой господство над лицами можно было бы отличить от господства над вещами, либо вовсе отсутствовала, либо была незначительной. Кроме того, не было устойчивого правительства, которое обеспечивало бы автоматическое исполнение договоров, такого, чтобы не приходилось прибегать к личному воздействию для получения своей собственности, но все происходило бы на основании только права кредитора и обязанности должника. Благодаря этим позднейшим реформам более практичная концепция владения вещами для их использования и употребления владельцем стала отличаться от более социальной концепции власти на основе принуждения и подчинения. Однако в обоих случаях, говорим ли мы о личных услугах или физических продуктах, доминирующим фактом феодализма и рентного соглашения была потребительная, а не меновая ценность.

Спустя семь столетий после норманнского завоевания Блэкстоун определил «прерогативу» как «особое преимущество, которым король обладает перед всеми и над всеми другими лицами, находящееся вне регулярного пространства общего права и обязанное исключительно его королевскому достоинству»⁷¹. Но в XI в. общее право, т.е. право, общее для всех свободных людей, происходящее из их обычаев и защищающее их собственность и свободу, было неизвестно. Существовали местные обычаи и местные юрисдикции, но еще не было общего права, которое обладало бы силой, достаточной для того, чтобы ограничить королевскую прерогативу, сделав ее, таким образом, отклонением от «обычного порядка». Прерогатива была источником власти. Частично она проявлялась в пожаловании королем своих верховных полномочий и иммунитетов подданным, а частично — в осуществлении королем своей власти через своих доверенных лиц. Выше мы уже представили две основные формы, в которых король жаловал экономические привилегии: пожалование земель и пожалование тех лицензий, или «вольностей», которые позже стали лицензиями на ведение торговли и на создание корпораций. Главная экономическая прерогатива, которую сохранил (или пытался сохранить) король, — это сбор налогов и чеканка монеты.

Пожалования земель и лицензий на ведение торговли и на создание корпораций отличались, хотя и не слишком сильно, в том, что касается условий, на которых происходило пожалование. Каждое из них даровалось (или продавалось) королем своим подданным индивидуально, на основании некоего подобия частного соглашения. Король мог продавать

⁷¹ B1a. 239. Ср.: *Chitty J. Prerogatives of the Crown*. 1820.

привилегии и лицензии точно так же, как он мог продавать королевские земли⁸. Каждое пожалование несло в себе обещание верховных полномочий и иммунитетов. Власть была обещанием, что королевские суды и исполнители в случае необходимости не допустят других лиц на эти земли или рынки, наделяя, таким образом, пожалованное лицо экономической властью устанавливать размер ренты и цен. Иммунитеты были обещанием, что королевские суды и исполнители не будут вмешиваться в осуществление этой власти пожалованным лицом. Каждое пожалование также подразумевало (явно или неявно) возмещение в виде лояльности и службы королю, причем условия этого возмещения могли изменяться произвольно, так как король не мог быть судим своим же судом.

Соответственно подданный не имел никакого гарантированного *права* ни на земли, ни на свободы, поскольку монарх мог употребить свою власть для того, чтобы отобрать их или произвольно изменить условия соглашения. Поэтому они были *обещаниями*, а не *правами* на собственность. Бароны в Великой Хартии вольностей осуществили коллективную попытку превратить эти обещания в права. Подняв восстание, они вынудили короля Иоанна признать, что ни один свободный человек «не будет арестован или заключен в тюрьму, или лишен фригольда, свобод или права на сбор налогов... иначе как по законному приговору равных его и по закону Страны». Бароны образовали собственный постоянный совет, власть которого, как они планировали, должна была превысить власть короля, чтобы иметь возможность принимать решения и действовать против него в случае, если он нарушит договор. На это король также согласился. Дело каждого, кто предъявлял права на землю или на свободы, должно было рассматриваться не доверенными лицами короля, но равными истцу; кроме того, постоянный совет баронов и их преемников должен был обладать собственным войском, чтобы, в случае, если король откажется от своего обещания, иметь возможность захватить любую из его земель и удерживать ее вплоть до получения возмещения за нарушение обязательств⁹.

Известно, что эта грубая попытка превратить посредством коллективных действий королевскую прерогативу в права собственности была неудачной. Королевская прерогатива обретала все большую силу и расширялась, пока не достигла своего пика в системе абсолютной монархии Генриха VIII и Елизаветы. ; s , " ..."

В то же самое время наряду с королевской прерогативой развивалось и общее право, т.е. право свободных людей (но не крепостных) на частную собственность и личную свободу. Раннее (до норманнского за-

⁸ См. главу III, с. 60.

⁹ *McKechnie*. Magna Carta. P. 467; cm. c. 60.

воевания) английское право формулировалось на народных собраниях свободных людей, которые часто проводили собрания на уровне своего графства. Не записывая законы, они полагались на память и живую традицию обычая, решая дела, касавшиеся в основном физического нападения, причинения вреда и воровства. Собрания были одновременно законодательными, исполнительными и судебными органами, и в самой юридической процедуре невозможно было вычленить функции судьи, присяжных, свидетеля и адвоката.

Норманнское завоевание низвело большинство свободных англосаксов до положения арендаторов и крепостных у завоевателей, которые упразднили их народные собрания и заменили их встречами землевладельца с арендаторами, поскольку владение землей на правах арендатора или субарендатора короля подразумевало уголовную и гражданскую юрисдикцию: землевладелец мог отправлять правосудие и выносить решения по спорам между арендаторами. Аренда была неотделима от управления: каждый лен, или владение, был одновременно сельскохозяйственной и административной единицей. Поместье с его различного уровня арендаторами фригольдов и копигольдов, как и рабовладельческая плантация, являлось как экономической единицей, действующим сельскохозяйственным предприятием, так и административной единицей, центральной властью с ее вспомогательным аппаратом. Но феодальное поместье отличалось от рабовладельческой плантации тем, что свободные арендаторы имели некоторые традиционные права, нередко восходившие к предшествующей завоеванию эпохе, хотя чаще всего они обладали правами по договору, предполагавшему, что одна сторона обладает правом на службу, а другая — на защиту, причем это стало обычаем после завоевания. Определение этих прав осуществлялось частным судом господ (начиная от короля и до самой низшей ступени), каждый из которых непосредственно управлял своими арендаторами. Феодальные поместья были ограниченными сельскохозяйственными монархиями, тогда как рабовладельческая плантация была абсолютной сельскохозяйственной монархией.

Только во второй половине XII в. король Генрих II направил в графства для отправления правосудия своих разъездных судей. Эти судьи привлекали к своей работе некоторых из свободных людей, и именно так возник институт присяжных заседателей. Таким образом, его возникновение связано не с народными обычаями, как считалось ранее, но с распоряжением короля, приказавшего, чтобы его судьям оказывалась помощь при определении как местных обычаев, так и прав, на которые на основании этих обычаев претендовали индивиды. Присяжные свидетельствовали как о принятых в данной местности обычаях, так и о собственности и притязаниях индивидов, а также о совершенных ими

нападениях и причиненном ими вреде¹⁰ ¹¹. Им задавались вопросы, относящиеся как к праву, так и к фактической стороне конкретного дела. Позднее, когда королевские судьи стали защищать арендаторов от землевладельцев, они также задавали присяжным вопросы типа: «Каковы обычные арендные ставки и какова практика аренды в этой местности и в этом землевладении?». Поэтому самое важное властное полномочие, которым были наделены королевские судьи, заключалось в том, что они могли принять сторону арендатора против его землевладельца, минуя частный суд последнего, и вынести решение в пользу арендатора на основе сведений, полученных от его соседей¹¹.

Однако эти частные феодальные суды были весьма живучи. Могущественные аристократы оказывали давление на королевские суды общего права. Королевский канцлер начал забирать у них дела и выносить решения по гражданским делам в тех случаях, когда фигурировавшая в них могущественная персона была слишком могущественной для того, чтобы ее дело рассматривалась в местном суде¹². Только когда баронские войны XV в. завершились разгромом аристократов и триумфом Генриха VII (1485), король смог подрезать корни их власти, запретив содержать вооруженных слуг. Процесс завершился созданием Звездной палаты и Суда по ходатайствам, которые должны были дополнить гражданскую юрисдикцию Суда лорда-канцлера чрезвычайной гражданской и уголовной юрисдикцией для вызова в суд самых могущественных баронов и последующего вынесения решений по их делам.

Экономическим ядром этой сельскохозяйственной монархии было рентное соглашение. Вся земля Англии представляла собой нисходящие уровни аренды: от короля как единственного владельца через главных арендаторов, субарендаторов, фригольдеров, вплоть до полукрепостных и крепостных арендаторов. Ни на одном из этих уровней не проводилось различия между владением и управлением. Король был землевладельцем и сувереном. То же самое относилось к баронам и их вассалам. Каждый из них был землевладельцем и, в пределах своего имения, сочетал в себе законодательную, исполнительную и верховную судебную власть.

Таким образом, рентное соглашение имело две стороны: экономическую и административную. Первая — это рента, вторая — налоги. Пока что они не различались и принимали форму договора (фактически они и были договором) между вышестоящим и нижестоящим, различаясь, однако, по степеням принуждения, соответствующим фундаментальному делению на «свободное» и «несвободное» держание. Лояльность сюзере-

¹⁰ *Pollock, Maitland*. Op. cit. Vol. 1. P. 138.

¹¹ *Ibid*. P. 147.

¹² *Holdsworth*. Op. cit. Vol. 3. P. 176.

ну была сущностью свободного держания с сопутствующими ему договором и клятвой верности, а также церемонией оммажа¹³. Присутствие при дворе господина или на объявленном им воинском сборе было обязательным для вассалов. Рыцари, арендаторы-воины, получали землю от своего сюзерена на условии предоставления ему по требованию определенного числа эскайров, или вооруженных людей. Ниже располагались крепостные, позднее — копигольдеры, арендаторы, занимавшиеся исключительно сельским хозяйством и платившие ренту за пользование господской землей личными услугами и продуктами своего труда. Над всеми ними находился единственный землевладелец и суверен.

Постепенно административная рента стала выделяться из экономической ренты благодаря процессу изменения потребительной ценности в меновую ценность вследствие введения денег. Что касается отношений короля и главных арендаторов, то этот процесс заключался в том, что король запретил им содержать частные вооруженные отряды и создал регулярную королевскую армию, а также в том, что королевские суды переняли от баронских судов прерогативу определять обычную ренту их арендаторов, равно как и решать все остальные вопросы, связанные с гражданским и уголовным правом.

После создания регулярной армии король стал нуждаться в средствах для содержания армии и правительственного аппарата. Эти средства он получал различными способами от главных арендаторов, часто в виде более или менее произвольных платежей, которые могли называться «вспомоществованиями», «благодаяниями», «пособиями», платой за опеку над младенцами и женщинами, компенсацией по случаю свадьбы или продажи земли и т.д. Было осуществлено множество попыток заменить эти нерегулярные случаи рентного соглашения фиксированными и регулярными денежными выплатами. Одна из таких попыток была предпринята в 1610 г., когда был разработан «Великий контракт», по которому эти нерегулярные платежи выкупались и заменялись наличными. Однако король Иаков затребовал такую денежную арендную плату, которая была неприемлема для землевладельцев¹⁴. Наконец, в 1660 г. парламент, контролируемый землевладельцами, постановил упразднить, без выплат компенсации королю, воинское держание; тем не менее вместо него вводился вечный и наследуемый акциз на алкогольные напитки.

Такое упразднение произвольных арендных платежей посредством их монетизации, как верно заметил Блэкстоун, «было большим приобретением для института гражданской собственности этого Королевства,

¹³ *Jenks*. Op. cit. P. 32.

¹⁴ *Ibid*. P. 237; *Gardiner S.R.* History of England. Vol. 2. P. 106; *Dowell*. Taxation. Vol. 1. P. 187.

чем даже Великая Хартия, потому что если та лишь приглушила бурный рост злоупотреблений, происходивших из воинского держания, и таким образом сохранила его как таковое, то статут короля Карла устранил целое и уничтожил как корни, так и побеги»¹⁵.

Несомненно, арендаторы-роялисты эпохи Реставрации этим парламентским актом создали земельную собственность современного типа, поскольку, когда произвольные платежи суверену были заменены денежными налогами, эти люди превратились из арендаторов в собственников и наделили себя «единоличным и деспотическим господством» над внешними вещами, которое составляло суверенитет и собственность.

Таким образом, право частной собственности на землю возникло в результате четырехсотлетней борьбы между сувереном как землевладельцем и его вассалами как арендаторами, борьбы за рентную ценность земли. Коллективное соглашение о ренте (начиная с Великой Хартии вольностей 1215 г. и завершая Реставрацией и ограничением монархии в 1660 г.) обусловило переход господства от суверена к арендатору — благодаря простому механизму превращения ренты, выплачиваемой арендатором монарху, из произвольной и выплачиваемой в виде товаров и услуг в фиксированную и заранее оговоренную, причем в денежном выражении. Частная собственность возникла из рентного соглашения, заключенного коллективно и с указанием денежного характера выплат между главным землевладельцем, королем, и его арендаторами. Обязанность платить определенные налоги наличными деньгами, в сумме, определяемой по договоренности между монархом и представителями налогоплательщиков, заменила не вполне четко определенную обязанность выплачивать ренту товарами и услугами, размер которых определялся главным землевладельцем. Пока король мог произвольно назначать ренту, не важно, в форме услуг или в денежном выражении, он являлся в полном смысле владельцем, равно как и сувереном. Но как только, на основании коллективного договора, рента стала выплачиваться в наличных деньгах, король оказался лишь сувереном, а владельцами стали его арендаторы. Отделение верховной власти от собственности было поэтому не чем иным, как заменой индивидуальных рентных соглашений на коллективное рентное соглашение и сдвигом от потребительной ценности к меновой ценности, таким образом, что деспотическая воля суверена стала регулироваться ежегодными денежными сделками в парламенте, а землевладельцами вместо суверена стали арендаторы. Коллективное рентное соглашение в денежном выражении есть земельный налог; частная собственность — это власть, в терминах потребительной или меновой ценности, остающаяся у землевладельца после уплаты налога.

¹⁵ 2 Bla. Cot. 77. Текст акта см.: *Adams, Stephens*. Select Documents of English Constitutional History. P. 442.

Конечно, не было необходимости изменять номинальный титул собственности, который в Англии сохранился за королем. Но реальными владельцами земли тем не менее стали арендаторы, поскольку арендная плата — это фиксированные налоги, выраженные в деньгах, а неопределенный остаток, который служит отличительным признаком реальной собственности, поскольку показывает то пространство, где воля владельца свободна, перешел к номинальным арендаторам. Поэтому, выражаясь исторически, налог на землю — это замена физической ренты денежной рентой, причем налоги не являются чем-то таким, что суверен взимает с частной собственности, напротив, сама собственность является независимостью, коллективно изъятой у короля его арендаторами. В результате выраженные в деньгах налоги стали правительственной рентой с земли, а земельная собственность стала подпадать под законы о свободе и безопасности предпринимательской деятельности таким образом, что в конце концов ее, как и недвижимость, стало можно продавать и покупать исходя из ожиданий относительно ее выраженной в деньгах ценности.

Наряду с главными арендаторами и менее могущественными баронами, которые заключали соглашение непосредственно с королем, существовали также и фригольдеры, которые, когда военная служба в течение XIV и XV вв. была заменена на денежную ренту, стали платить эту ренту своему непосредственному господину, а не королю, от военной службы которому их при этом никто не освобождал¹⁶. Такая ситуация в конце концов создала йоменов, земледельцев, которые в том, что касается управления, подчинялись только королю (так как только он мог призвать их на военную службу), а экономически подчинялись своему непосредственному господину, которому они выплачивали ренту (услугами, товарами или деньгами). С течением времени их материальное положение ухудшалось, пока не сравнялось с положением копигольдеров.

, Наконец, в стране существовали крепостные, впоследствии ставшие копигольдерами; они были заняты преимущественно в сельском хозяйстве и составляли основную массу работников, но не могли при этом обращаться в королевский суд для защиты от произвола со стороны своих господ. В XIV и XV вв. их личная служба господину была частично заменена фиксированной денежной арендной платой. Впрочем, когда в XVI в. землевладельцы, после общего роста цен, стали массово сгонять этих арендаторов с земли и поднимать арендную плату, король учредил новые суды, отличавшиеся от судов, действовавших на основании общего права. Эти суды начали ограничивать землевладельцев, следуя принципу, что «господин не может по своей воле и по своему желанию изменять

¹⁶ *Jenks. Op. cit.* P. 33.

обычай, характерные для земель, входящих в состав конкретного землевладения... господа обязаны блюсти обычай поместья и изначальные условия, на которых возникло землевладение»¹⁷. Даже и сами обычаи не признавались судьями, если казались им источником принуждения и произвола. Таким образом, общее право постепенно преобразовало право копигольдного держания в право свободного держания, и копигольдное держание, так же как и свободное, стало формой собственности на землю, избавившись от характерного для него ранее принудительного труда¹⁸. Поэтому, когда Коук в начале XVII в. писал свой труд «Совершенный копигольдер», он с полным на то основанием мог сказать: «Теперь копигольдеры стоят на твердой почве, теперь они уже не испытывают на себе недовольства своего господина, они не дрожат при каждом неожиданном порыве ветра, они едят, пьют и спят в безопасности; теперь все, что от них требуется, — это проявлять заботу о собственной судьбе, тщательно выполняя все обязанности и работы, которые подразумевает их держание и приказывает обычай. Если господин чем-то недоволен, то до этого копигольдеру нет заботы, потому что он знает, что всегда будет защищен и не подвергнется никакой опасности, ибо если гнев хозяина возрастет настолько, что он пожелает изгнать копигольдера, то на этот случай закон снабдил его орудиями для защиты: он может обратиться в суд и возбудить против господина иск из противоправного причинения вреда. Само время оказалось весьма благосклонно к копигольдерам во многих отношениях»¹⁹.

Таким образом, суды общего права стали народными судами, защищающими не только свободных, но и зависимых арендаторов от их землевладельцев как в отношении собственности на землю, так и в отношении рентного соглашения. Поэтому в эпоху правления Елизаветы ее знаменитый секретарь и посол сэр Томас Смит описывал Англию как «общее благо» (*res publica*), а не как «людскую массу», которая служит инструментом воли одного человека. «Республикой, или общим благом, — говорил Смит, — именуется общество, или же общее дело множества свободных людей, собранных вместе и объединенных всеобщим согласием и договоренностями друг с другом, для сбережения самих себя в мире и в войне. Людская масса не может быть названа Республикой только в несобственном смысле слова, поскольку люди объединяются только на какое-то время и ради какого-то дела; когда же дело сделано, каждый, как и раньше, принимает решения отдельно от других. И если бы один человек имел то же, что некоторые из древних римлян (если

¹⁷ *Holdsworth. Op. cit. Vol. 3. P. 178.*

¹⁸ *Ibid. P. 179.*

¹⁹ *Coke. Complete Copy-holder. Sect. 9. 1641. Цит. по: Holdsworth. Op. cit. Vol. 3. P. 180.*

написанное о них есть правда), а именно пять тысяч или десять тысяч невольников, коими он хорошо управляет; будь они поселены в одном городе или распределены по разным деревням, то это ни в коем случае не было бы Республикой, потому что у рабов нет ничего общего с их хозяином, и такое объединение обеспечивает только богатство господина, а не пользу для рабов или невольников... Раб или невольник — это, за исключением самой его жизни и его разума, как бы инструмент господина, такой, как топор, пила, молоток или долото в руках плотника... И даже если один землевладелец обладает множеством таких людей и хорошо к ним относится, они не составляют Республики и не могут так называться. Ведь такое объединение имеет в виду личное богатство землевладельца, и между ним и всеми остальными нет ни сообщества, ни распределения, ни права, ни судебной защиты... По каковой причине, пусть даже у турок и иная система управления, но если турецкий государь (как о нем пишут) рассматривает всех своих подданных как рабов и невольников (и только себя и своих сыновей — как свободных людей), то можно усомниться, является ли турецкая система власти Республикой или Государством или же ее следует трактовать как просто владение неким одним лицом огромным числом рабов и невольников, не имеющих никаких прав, закона и “общего блага”, но только неограниченную волю господина и сеньора»²⁰.

Сэр Томас Смит делит «Республику» сельскохозяйственной Англии на четыре класса, три из которых участвуют в жизни государства, а один — нет. Три участвующих класса — это «бароны, или сословие лордов», «рыцари, эсквайры и простые джентльмены», которые «живут праздно, не занимаясь ручным трудом», и «йомены»²¹.

Йомены «вносят наибольший вклад в “общее благо”, или, лучше сказать, больше труда тратят на служение ему, чем все остальные». Это «фермеры», «крестьяне при джентльменах», которые, возделывая землю, «обеспечивают и свое существование, и существование своих господ»²². Они «арендаторы у своих лордов», лучники и пехотинцы, превосходящие всадников, потому что во время войн короли Англии сражаются всегда в их рядах, а не среди всадников, показывая тем самым, «как можно догадаться, в чем, по их мнению, заключается их сила»²³.

Наконец, «наше четвертое сословие, или класс», это те, кого древние римляне называли *proletarii*, т.е. есть лишенные земельной собствен-

²⁰ *Smith Th.* De Republica Anglorum. 1567. Перепечатано в 1589 г. под заголовком: The Common-Wealth of England. 1906. P. 20, 21.

²¹ Ibid. P.31.

²² Ibid. P.43.

²³ Ibid. P. 31-47.

ности работники. Это «поденщики, нищие крестьяне», «низший и негодный разряд людей», «торговцы или лавочники, у которых нет земли, копигольдеры и все ремесленники: портные, башмачники, плотники, каменотесы, каменщики, строители и т.д.». Они «не имеют ни голоса, ни власти в нашей Республике, и они недостойны того, чтобы управлять другими, но лишь того, чтобы ими управляли; однако совершенно пренебрегать ими не следует»²⁴.

Таким образом, во времена Елизаветы общее право, произошедшее из народных обычаев и утвержденное в той мере, в какой это показалось разумным королевским судьям, сформировало сельскохозяйственное «общее благо». Это произошло благодаря лишению баронов их частных судов и армий и их замене на королевские суды общего права, которые обеспечили фермеров собственностью и свободой посредством смены экономического базиса общества: от соглашений в терминах потребительной ценности на соглашения в терминах меновой ценности.

²⁴ *Smith Th.* De Republica Anglorum. 1567. Перепечатано в 1589 г. под заголовком: The Common-Wealth of England. 1906. P. 46.

VII. *Соглашение о цене — капитализм и меновая ценность*

1. ОБЩЕЕ БЛАГО

В своем рассуждении о «Республике» или «общем благе» сэр Томас Смит едва упоминает о «горожанах и буржуа» как о «следующих после джентльменов». Тем не менее это те самые горожане и буржуа, которые, начиная со времени правления Иоанна¹, обрели коллективную власть и иммунитеты, известные также как «вольности», и которые через тридцать с небольшим лет после выхода сочинения Смита стали лишаться тех составляющих своих лицензий, которые позволяли им обладать монополиями и самоуправлением. Лицензии, или разрешения, на создание гильдий позволяли торговцам и ремесленникам обрести «коллективное господство», подобное «частному господству» баронов: гильдии превращались в правительства со своими собственными народными собраниями, своими законодательными и исполнительными органами, своими судами; они даже обладали властью штрафовать и заключать в тюрьму нарушителей их правил. Важнейшая королевская привилегия, дарованная гильдиям, — это обязанность всех членов подчиняться решению большинства; благодаря этому гильдия могла действовать как единое целое. Эти торговые и ремесленные гильдии на вершине своего могущества были не просто узаконенными «закрытыми цехами», но и узаконенными правительствами. В пределах их юрисдикции без дозволения гильдии никто не мог заниматься аналогичной деятельностью, а в пределах самой гильдии конкуренция была возможна только как добросовестная конкуренция, условия которой определялись правилами гильдии. Гильдии поддерживали стандарты качества продукции и определяли требования к квалификации участников рынка с целью защиты покупателей и предотвращения разрушительной конкуренции². Они требовали от своих членов, чтобы те делились друг с другом сырьем и даже выгодными сделками. Они обеспечивали соблюдение договоров,

¹ Гросс упоминает 24 хартии, дарованные купеческим гильдиям до 1215 г. *Gross Ch. The Gild Merchant*. 1890. P. 9-16.

² Ср.: *Commons J.R. The American Shoemakers* // 24 *Quar. Journ. Econ.* 1909. P. 39; *Labor and Administration*. 1913. P. 219.

которые заключали их члены. Объединившись, гильдии могли даже получить контроль над правительством города, а руководители гильдий становились мэрами и олдерменами.

Таким образом, гильдии, разбросанные там и сям, были местами возникновения капитализма. Окруженные феодалами-землевладельцами, гильдии приобретали иммунитет в качестве мелких торговцев и ремесленников только тогда, когда получали от феодального синьора привилегии, позволявшие им действовать как единое целое и обеспечивать исполнение своих уставов. Гильдии представляли собой капитализм в обороне. Но они становились богаче, и их власть росла. Их защитные привилегии становились исключительными привилегиями, по мере того как рынки и торговля брали верх над милитаризмом и сельским хозяйством и по мере того как возрастало число людей, зарабатывавших на жизнь куплей-продажей, при том, что совсем недавно они зависели от системы «приказание — подчинение».

Начиная с 1599 г. чередой известных решений (на которые ссылался судья Филд в делах о скотобойнях³) Суд королевской скамьи, Верховный суд общего права, лишил гильдии их привилегий «закрытого цеха» в той степени, в которой эти привилегии поддерживались наказанием со стороны представителей исполнительной власти Короны. Во Франции гильдии были упразднены Революцией, в Германии существовали даже в XIX в., в Англии продолжали существовать как добровольные объединения, которые, однако, были лишены власти физически навязывать свои правила.

В 1599 г. лондонская гильдия портных стала первой гильдией, которая лишилась привилегий «закрытого цеха». В этом году Суд королевской скамьи вынес вердикт, что устав сообщества портных противоречит законодательству в том отношении, что требует, чтобы каждый «брат» сообщества предоставлял другому «брату, занимающемуся портняжным делом», по меньшей мере столько же ткани для работы, сколько он мог бы предоставить любому портному, который не является членом сообщества, под угрозой штрафа в 10 шиллингов и изъятия части его товаров. Хотя это правило было узаконено хартией, выданной гильдии еще в давние времена и подтвержденной последующими королями и парламентом, оно было сочтено нарушающим «принадлежащие всем людям права», вредным для «общественного блага» и «противоречащим общему праву», поскольку, формируя монополию, оно «направлено против свободы граждан и против государства»⁴.

³ См. главу III, с. 59.

⁴ Davenant v. Hurdiss, Trin. 41 Eliz. Moor (K.B.). 576.1599; комментарий Койка: Case of Monopolies II Co. 86a,b.

Этот аргумент получил еще более четкую и убедительную формулировку в ходе слушания дела о монополиях в 1602 г., на исходе правления Елизаветы⁵. Суд рассматривал только одну из многих патентных монополий, которые Елизавета, желая ускорить развитие страны, даровала на освоение новых ресурсов и ввоз новых товаров из-за границы⁶. Действительно, как говорил Анвин о подобных монополиях, дарованных преемниками Елизаветы Яковом и Карлом, «такие пожалования Короны не просто обеспечивали простейший способ решения ее нарастающих финансовых проблем. Дух корпоративной монополии, охвативший тогда все классы, вовлеченные в торговлю и производство, от самых богатых до самых бедных, сделал возможным то, что пожалование монополии рассматривалось (вероятно, вполне искреннее) уже не столько как нежелательное (хотя и неизбежное) средство пополнения бюджета, сколько как часть великого и благотворного плана национальной политики»⁷.

Тем не менее Елизавета, прислушиваясь к противникам монополий, отозвала самые непопулярные патенты, а подтверждение остальных оставила на рассмотрение судей. Например, в деле Дарси речь шла о монополии на продажу, производство и импорт игральные карт. Верховный судья Попхем, с которым был солидарен весь состав суда, объявил о ликвидации этой монополии как противоречащей общему праву и постановлениям парламента по четырем причинам:

1. Всякое занятие, которое предотвращает безделье, «этот бич “общего блага”», и умножает имущество самих трудящихся и их семей (какое имущество может послужить на благо Короны, если на то возникнет необходимость), «выгодно для “общего блага”».
2. «Вредные для “общего блага”, но неотделимые от любой монополии ее черты» суть: завышенные цены, пониженное качество, обнищание ремесленников и их семей; это так, поскольку «обладатель патента, заняв господствующее положение на рынке, думает только о своем личном доходе, а не об “общем благе”».
3. Королева была обманута в своих ожиданиях, поскольку, жалуя монополию, она помышляла об «общественном благе», но это ее пожалование «было использовано обладателем патента в целях личного обогащения и во вред общественному богатству».
4. «Невозможно представить себе, чтобы Эдвард Дарси, эсквайр и камердинер Ее Величества, хотя бы немного владел навыками ремесла по изготовлению карт., поэтому запрет на изготовление карт, касающийся тех, кто владеет этим ремеслом, и предоставление Дарси, который не умеет делать карты, исключительно права на их изготовление делает этот патент недействительным».

⁵ Darcy v. Allein. Trin. 44 Eliz. 1602; II Co. 84b.

⁶ Cunningham W.E. The Growth of English Industry and Commerce. 1903. Vol. 2. P. 58, 287n.

⁷ Unwin G. The Gilds and Companies of London. 1908. P. 300.

Таким образом, базовым принципом «общего блага», четко сформулированным уже тогда верховным судьей судов общего права, стал следующий принцип: «Пусть любой человек богатеет постольку, поскольку он повышает тем самым “общее благо”, а не постольку, поскольку он наживает свое частное богатство на “общем благе”».

В этот критически важный период были приняты и другие сходные решения. Так, в 1519 г. Генрих VIII даровал лондонским врачам хартию, подтверждавшую их право на создание корпорации, позднее утвержденную парламентом. Корпорация получила, помимо прочего, право проверять квалификацию всех врачей в городе и пригородах и отстранять неквалифицированных врачей от практики под угрозой штрафа и тюремного заключения, причем контроль над исполнением был возложен на руководство и цензоров корпорации. В соответствии с этим положением в 1608 г. представители компании задержали и заключили под стражу доктора Бонхэма, который подал иск против незаконного тюремного заключения. Суд, под председательством судьи Коука, вынес решение, что цензоры и инспекторы корпорации превысили свои полномочия. Однако Коук пошел еще дальше и объявил недействительным парламентский акт. Он заявил, что «во многих случаях общее право должно стать основой для постановлений парламента, а в некоторых случаях эти постановления могут быть отменены на основании общего права: ведь если постановление противоречит общим правам и здравому смыслу, или противоречиво само по себе, или неисполнимо, необходимо сверить его с положениями общего права и объявить недействительным»⁸.

За этим последовало дело ипсвичских портных (1615 г.)⁹. Ипсвичское сообщество портных получило статус корпорации от Генриха VII, и данный статус, предполагавший право издавать постановления, обязательные для всех местных представителей данной профессии, и следить за их исполнением, был утвержден парламентом в 1504 г. Корпорация начала долговой процесс против портного, который прибыл в Ипсвич и стал заниматься там своим ремеслом, не имея семилетней практики в качестве подмастерья и не получив оценки своей квалификации со стороны мастера и инспекторов. Суд, руководствуясь общим правом, принял решение, что «никому не может быть запрещено заниматься любым законным делом», а также, что юношество должно «изучать все законные науки и профессии, которые выгодны для “общего блага”», а потому имевшее место ограничение «противоречит свободе и независимости гражданина, общему праву и вредно для “общего блага”».

Таким образом, суды общего права совершили в отношении гильдий то же, что ранее было совершено в отношении баронов. Они упраздни-

⁸ Bonham's Case. 8. Co. 114a, 118a. 1610.

⁹ II Co. 53a.

ли частные юрисдикции с их частными судами^{10 11}, и соответственно этим был открыт путь к введению во всем королевстве общего права, регулировавшего ценовые соглашения, точно так же, как ранее было введено общее право, регулировавшее рентные соглашения. Теперь любой предприниматель, как и любой йомен и копигольдер, мог претендовать на рассмотрение его дел в королевском суде, а его права и привилегии утверждались против частной юрисдикции гильдий или баронов. Капитализм перешел из оборонительной стадии в наступательную: теперь он стал претендовать на контроль над правительством, тогда как раньше просил его о защите. В конце концов его прошения стали его правами. Последующие сто лет, вплоть до принятия Закона о престолонаследии 1700 г., прошли в основном в борьбе фермеров и предпринимателей за то, чтобы стать членами «общего блага», для чего им понадобились суды, которые хотели и могли бы перевести обычные для них практики в общее право собственности и свободы. Сами королевские суды утратили свое влияние после того, как главный судья Коук, великий поборник общего права, был отстранен от своей должности королем Иаковом в 1616 г.¹¹, в связи с чем фермеры и предприниматели стали добиваться коллективного контроля через действия в парламенте, формирование собственной армии и даже — на десятилетний период — единовременное отстранение от власти короля и Палаты лордов и превращение королевства в «общее благо», т.е. республику в собственном смысле слова. Хотя королевская власть была восстановлена, а само имя «республика» забыто, после 1700 г. суды получили независимость от короля, а коммерческое общее право было объединено с общим сельскохозяйственным правом. Термин «республика», или «общее благо», стал применяться по отношению к Америке, а позже, уже при других обстоятельствах, он появился в названии Австралийского Союза (Commonwealth of Australia).

Таким образом, ясно, что понятие «общее благо» (common wealth), как его интерпретировал сэр Томас Смит в середине XVI в., отличается от понятия «богатство народов» (wealth of nations), которое разрабатывалось не столько Адамом Смитом, сколько его последователями в XVIII и XIX вв., тем, что включает в себя в равной степени экономический и политический аспект. «Общее благо» — это и общественное благосостояние, и участие в этом благосостоянии через обладание правами и соответствующей властью, позволяющей привлекать правительственных официальных лиц для защиты своих интересов. Экономисты-классики стремились отделить «богатство народов» от «общего блага», отожде-

¹⁰ Впрочем, некоторые из решений, вынесенных судами в XVIII в., были в пользу гильдий. См.: *Holdsworth W.S. History of English Law. Vol. I. P. 352.* Все эти решения были отменены в 1853 г.

¹¹ *Gardiner S.R. History of England, 1603-1642. 1890. Vol. 3. P. 27.*

стив первое с преуспеванием только одного из классов «общего блага» — предпринимателей, от которых зависит и благополучие всех прочих классов. Но понятие «общее благо», которое интерпретировал Томас Смит в XVI в. и которое повлекло за собой две революции в XVII в., подразумевало как участие каждого свободного человека в управлении государством, так и его причастность к национальному достоянию. Различие между тем, что имел в виду Томас Смит, и тем, что имели в виду Коук, Селден, Литтлтон, юристы общего права и их преемники в XVII в., касалось только того, до какой степени торговцы, заводчики и фермеры должны быть причастны к «общему благу», наряду с баронами, монополистами, гильдиями и другими обладателями королевских привилегий. Возникновение в 1640 г. буквального «общего блага», Республики, позволило упразднить сразу и королевскую власть, и Палату лордов. Наступившая затем реакция наделила землевладельцев такими полномочиями в управлении государством, какими они никогда прежде не обладали; и потребовалось значительное время (более двух столетий), а также превращение находящихся тогда на нижних ступенях социальной лестницы торговцев и заводчиков в новую мировую силу капитализма, чтобы вновь привлечь внимание к исходному значению термина «общее благо» в том смысле, в каком за его признание боролись в правление Елизаветы, Иакова и Карла.

Однако те, кто изначально пользовался королевскими привилегиями, пытались делать именно то, что требовалось делать, и когда защищавшие их исключительные права начали ослабевать, это надлежало сделать иными способами. Упразднение юридической власти гильдий возложило на суды обязанность следить за соблюдением правил добросовестной конкуренции и обеспечивать исполнение договоров, которые ранее составлялись на основании традиций гильдий и обеспечивались их собственными судами. Мы увидим, как в 1580 и в 1620 гг. суды общего права стали перенимать и превращать в закон для всей Англии некоторые регламентации гильдий, частные юридические полномочия которых они тогда упразднили. Первые судебные решения по гудвиллу, обеспечивавшие исполнение договоров по продаже действующего бизнеса (1620), равно как и первые решения по торговой марке, удовлетворявшие иски об ущербе, поданные против тех, кто использовал имя конкурента в своем бизнесе (1580), были не чем иным, как законодательным принятием на национальном уровне тех самых правил добросовестной конкуренции, которые гильдии устанавливали для своих членов. Суд, который упразднил власть гильдий, начал перенимать их работу. Частная юрисдикция гильдий стала публичной юрисдикцией. Все те традиции, соблюдение которых гильдии пытались обеспечить в своих рядах, стали традициями, соблюдение которых суды обеспечивали в масштабах всей нации.

Монополия, «закрытый цех» и частная юрисдикция отошли в прошлое, но экономика и этика сохранились. Гораздо позднее, уже в современном «общем благе», суды или законодательные органы переняли также и другие функции гильдий, такие как контроль за качеством продукции и квалификацией специалистов-практиков. Кроме судов гильдий, статус которых был подтвержден особыми хартиями, существовали и суды *piepoudre* («суды запыленных ног»), менее формализованные суды на ярмарках, куда купцы прибывали со своим товаром, и здесь в среде торговцев существовала практика использования векселей при расчете друг с другом, каковую практику суды общего права приблизительно в тот же период стали принимать во внимание и толковать согласно обычаям самих торговцев. Так общее право стало правом собственности, свободы и предпринимательства.

Но ни ожидания бизнеса, ни ожидания, связанные с правом собственности и свободы, не могли осуществиться в полной мере, пока прерогатива монарха стояла выше общего права. Борьба, начавшаяся с принятия Великой Хартии, достигла критической точки только в эпоху распространения протестантизма и коммерции. Протестантизм провозгласил новое право, право на равенство, свободу и безопасность вероисповедания, а коммерция — право на равенство, свободу и безопасность предпринимательства. Предпринимательство не могло быть свободным и не могло чувствовать себя в безопасности, пока королевская власть осуществляла произвольный контроль, прежде всего над деньгами, лицензиями и рентой.

После Эдварда VI уже не было случаев произвольного изменения денежной системы¹², а значит, деньги стали относительно надежным стандартом цены и средством обмена, универсальным отображением ценности продукции, проверенным средством мотивации и вознаграждения и соответственно прочным основанием кредитной системы. Что касается лицензий, то личный контроль монарха за ними сохранялся вплоть до победы парламента в гражданской войне, а точку здесь поставил Закон о престолонаследии 1700 г., который подтвердил судебное решение по монополиям 1602 г., и Статут о монополиях 1624 г. Принципы налогообложения оставались размытыми до 1689 г., но позже введение налогов могло осуществляться только с согласия парламента. После осуществления всех этих мер бизнес, опираясь на предсказуемые цены, смог развиваться, не опасаясь самовольного вмешательства монарха.

Но даже стабилизирующие реформы денежной системы, практики выдачи лицензий и установления ренты, подготовившие путь для основанной на ценах коммерческой экономики, не могли обеспечить полной

¹² *Cunningham W.E. The Growth of English Industry and Commerce. 1903. Vol. 2. P. 127.*

надежности вплоть до революции 1689 г. и, особенно, Закона о престолонаследии 1700 г., который лишил монарха права смещать судей с их должностей. Когда в 1603 г. после кончины Елизаветы на престол вступил Иаков I, королевская власть, помимо того что имела право назначать судей в суды общего права (в том числе в высший из этих судов — Суд королевской скамьи), распространялась также на большое число других судов (или, вернее, на большое число доверенных лиц короля, которых он назначал и смещал по своему усмотрению). Наиболее значимой была Звездная палата, личный совет короля, выполнявший функции суда и обладавший гражданской, уголовной и политической юрисдикцией в делах, касающихся важнейших вопросов государственного управления, наиболее могущественных лиц, или нарушения королевской прерогативы. В этом отношении наиболее важным было функционирование Звездной палаты в качестве административного суда, благодаря чему королевские чиновники исключались из сферы юрисдикции общего права¹³. Подобными полномочиями обладал также Суд Казначейства, где разбирались все тяжбы между Короной и налогоплательщиками, равно как и дела самих налоговых чиновников; он также обладал полномочиями забирать дела из судов общего права¹⁴. Кроме того, существовали Суд Высокой Комиссии и церковные суды более низкого уровня, уполномоченные разбирать дела, касающиеся церковного учения и обряда; они могли забирать из судов общего права дела клириков¹⁵. Наконец, канцлер, член Королевского совета, второе лицо в государстве после короля, хранитель Королевской печати, которой заверялись все королевские указы, обладал сходными с королевской прерогативой полномочиями издавать директивы, лишаящие стороны возможности обращаться в суды общего права или же, если решение уже было вынесено, препятствующие приведению его в исполнение¹⁶.

Парламент 1640 г. и последующая революция упразднили эти суды королевской прерогативы или ограничили их, а Закон о престолонаследии 1700 г. гарантировал независимость от короля и пожизненное назначение на должность всем судьям, а также канцлеру¹⁷. Именно отсюда происходит такая особая черта англо-американского права, как подчинение официальных лиц, как и всех граждан, юрисдикции обычных судов. Именно поэтому Фрэнсис Либер мог сказать в 1853 г.: «Гарантирован-

¹³ Holdsworth W.S. History of English Law. Vol. I. P. 276.

¹⁴ Ibid. P. 104-105.

¹⁵ Ibid. P. 375 ff.

¹⁶ Ibid. P. 246.

¹⁷ Adams, Stephens. Select Documents of English Constitutional History. P. 475-479.

ный приоритет закона ведет к принципу, который, насколько я знаю, ни разу не пытались перенести с почвы, на которой обитает народ англов, и который тем не менее вошел в нашу систему свободы, — естественность правления закона как отличного от правления чиновников»¹⁸. Он же заметил об английских и американских судах, что они представляют собой «правление закона, а не людей». И это так потому, что официальные лица и граждане находятся в юрисдикции одних и тех же судов, следующих одной и той же правовой процедуре.

Однако американская Конституция пошла еще дальше. Хотя Закон о престолонаследии сделал судей независимыми, парламент сохранил за собой власть отменять судебные решения. Но, как известно, в Америке в соответствии с конституционными нормами окончательную интерпретацию Конституции, а также власти и ответственности чиновников и прав и обязанностей граждан дают верховные суды. В этом отношении, как отметил Хейнс¹⁹, Америка вернулась к доктрине сэра Эдварда Коука, который считал, что парламент и король должны подчиняться суду общего права — Суду королевской скамьи, в котором он сам председательствовал как верховный судья. Однако имеется и отличие. Коук хотел подчинить короля и парламент общему праву. Верховные суды США подчиняют всех исполнителей, законодателей и судей общему праву и праву справедливости. Общее право — это исторически сложившийся обычай, прецедент, древнее право страны; справедливость — это сознание людей, разум, закон Бога, или природы. Первое и второе в реальности неотделимы друг от друга. Король Иаков как-то сказал: «Полагаю, что любой “закон” основан на разуме и что я сам, равно как и другие люди, разумен в той же мере, что и судьи». Коук на это ответил: «Действительно, Бог наделил Ваше Величество тонким умом и превосходными природными способностями. Но Вы никогда не изучали законы Вашей Англии; а ведь все те судебные дела, которые затрагивают жизнь, наследство, имущество или состояние ваших подданных, должны решаться не естественным разумом, но искусственным разумом и судом закона, а этот закон нужно долго изучать и практиковать, прежде чем познаешь его в совершенстве». Король не должен, конечно, подчиняться никому из людей, но он должен подчиняться «Богу и закону», однако не божественному закону, на чем настаивали король Иаков и вся Церковь, но общему праву²⁰. Более того, Коук утверждал, что если постановление, хотя бы и парламентское, противоречит «общим правам и здравому смыслу, или противоречиво само по себе, или неис-

¹⁸ Lieber F. Civil Liberty and Self-government. 1853. P. 91; Taylor H. Due Process. 1917. P. 608.

¹⁹ Haines C.G. The American Doctrine of Judicial Supremacy. 1914. P. 25 ff.

²⁰ Prohibitions del Roy. 12 Co. 64-65. 1608; Haines. Op. cit. P. 28.

полнимо, необходимо сверить его с положениями общего права и объявить недействительным»²¹. Таким образом, Коук интерпретировал общее право не только как традиции и прецеденты древнего права, но также как правило «закона и здравого смысла», интерпретируемых судьей суда общего права. В этом отношении он отличал его от справедливости, которая тогда отождествлялась со своевольной властью суверена, и соглашался со своим знаменитым современником Джоном Селденом, который высказывался в том духе, что справедливость изменяется вместе с изменением ширины шагов канцлера.

При этом само общее право (под влиянием лорда Мэнсфилда в XVIII в.) также расширилось, вобрав в себя принципы естественного права, почерпнутые из римского права и из права справедливости²², адаптировавшись, таким образом, к изменениям, произошедшим в результате перехода от феодальной экономики к капиталистической. Должен был пройти еще век, прежде чем английский парламент в 1873 г. объединил общее право и суды справедливости в рамках Верховного суда²³. Это объединение нашло свое отражение в американской Конституции 1787 г., распространившей судебную власть федерального правительства на все дела, относящиеся как к судам общего права, так и к судам справедливости, а конституции штатов начали узаконивать такую консолидацию с 1840 г. (конституция штата Нью-Йорк).

Явное преимущество суда справедливости над судом общего права состоит в том, что он контролирует поведение человека до совершения им действия, а не просто наказывает за совершенное действие. Процедура не требует длительного расследования, предъявления обвинения и слушания дела присяжными, как в суде общего права; но и судебный запрет, и наказание за его нарушение выносятся очень быстро. Суд справедливости обладал особой возможностью предписывать определенное поведение через судебные приказы и запреты, основываясь только на заявлениях и показаниях истца, не дожидаясь (как в суде общего права), пока в ходе длительного процесса будет принято решение по иску о причинении вреда. Суд справедливости сначала выносит судебный приказ и только затем устанавливает, каковы в данном случае закон, права и факты; суд общего права сначала смотрит на закон и на факты, а уже потом выносит решение. Эта особенность была необходима судам справедливости, чтобы они могли осуществлять вмешательство при помощи своих судебных приказов (ведь в противном случае понадобились бы суды общего права для расширенного толкования их судебных приказов

²¹ Bonhams' case, 8 Co. 118a,b; *Haines*. Op. cit. P. 31.

²² *Holdsworth*. Op. cit. Vol. I. P. 253; *Jenks*. Op. cit. P. 234 ff.

²³ *Jenks*. Op. cit. P. 408.

и запретов), для того чтобы создать те характерные для современного бизнеса права на нематериальную собственность, которые позволили осуществить переход от физической собственности к нематериальной. При помощи судебного приказа суд заранее может войти в мельчайшие детали поведения, необходимые для того, чтобы распознать новые права и защитить новые определения лица и собственности²⁴. Общее право могло эффективно работать только с физическими вещами и наказывать виновного *после* события; право справедливости имеет дело с наиболее нематериальными ценностями, поскольку оно еще *до* события распоряжается относительно исполнения, уклонения и воздержания, от которых зависит ценность. Право справедливости рассматривает собственность как поведение других лиц, на которое претендует заявитель, тогда как общее право смотрит на нее как на вещь, которой владеет лицо²⁵.

Конечно, первой важнейшей областью деятельности суда справедливости было создание институтов управления имуществом по доверенности и доверительной собственности, которые отличают физические вещи от ожидаемых сделок, возникающих из употребления вещей. И поскольку ценность пребывает не в вещах, но в этих ожидаемых сделках, судебная процедура суда справедливости сразу же извлекает из общеправовой процедуры саму субстанцию ценности. Отсюда происходит весь набор поведенческих ценностей: благодаря освобождению при помощи права справедливости от косности и неадекватности общего права, позволяющему устранять непредвиденные случайности и ошибки, контролировать счета, партнерство и все детали корпоративного права. Впечатляющее расширение юрисдикции суда справедливости в XVIII в. отразило подъем капитализма, основанного на денежных ожиданиях, и соответствующий упадок феодализма и прерогатив, основанных на физической власти. После этого суды могли разрабатывать предпринимательское право сообразно тому, как развивалось само предпринимательство.

2. НЕМАТЕРИАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ — ОБРЕМЕНЕНИЯ

2.1. Обязательства по договору

Законодательство о кредитных инструментах прошло через две стадии: первая — стадия обеспечения обязательств по договорам, вторая — узаконивание дополнительной покупки и продажи самих договоров. Пер-

²⁴ «Эта возможность формулировать решения, отвечающие требованиям каждого дела, является, безусловно, одним из самых поразительных преимуществ суда справедливости над судом общего права, и это один из элементов, который в немалой степени способствовал возникновению и развитию суда справедливости». *Bispmarck. Principles of Equity*. 8 ed. 1909. P. 9.

²⁵ *Ames J.B. Lectures in Legal History*. 1913. P. 108.

вую стадию можно описать как стадию обеспечиваемых обязательств по договорам, или стадию невещественной собственности, а вторую — как стадию переуступаемых обязательств по договорам, или стадию нематериальной собственности. Первая стадия фактически завершилась во второй половине XVI в.; вторая началась с первого зафиксированного письменно судебного решения по переводным векселям, датированного началом XVII в. Разница между законодательством о нематериальной собственности, которое мы назовем законодательством о возможностях, и законодательством о невещественной собственности, которое мы назовем особым случаем законодательства об обременениях, сводится к вопросу, обладает или нет противоположная сторона договора свободой выбора альтернатив.

Если противоположная сторона не имеет свободы выбора в данном конкретном аспекте поведения, то тогда, в этих пределах, на нее наложено обременение, или обязанность по исполнению, воздержанию или уклонению. Если она может свободно выбирать альтернативу, то тогда отношение между сторонами имеет характер возможности. Законодательство об обременениях поведения является законодательством, касающимся прав и обязанностей; законодательство о возможностях поведения является законодательством, касающимся свобод и незащищенностей. Обременение указывает на психологическое отношение приказа и подчинения. Первая сторона приказывает, вторая — подчиняется (или ее принуждают к подчинению). Вторая сторона не имеет выбора. Но возможность указывает на психологическое отношение убеждения и принуждения. Вторая сторона свободна не подчиняться, поскольку у нее существует выбор альтернатив. Таким образом, вместо применения принципа «приказание — подчинение» первая сторона должна прибегать к тому типу побуждений, который состоит в предоставлении альтернатив (лучших или худших), между которыми может выбирать другая сторона. Если альтернатива является плохой и потому сделать выбор тяжело, то вторая сторона все равно улучшает (как это воспринимается на данный момент) свое положение, выбирая лучшее для себя. Она всегда приобретает в результате выбора, и различие между убеждением и принуждением — только в степени. Плохая альтернатива, при которой первая сторона получает преимущество, это принуждение; хорошая (или, по меньшей мере, приемлемая) альтернатива — это убеждение.

Таким образом, приказание и подчинение юридически отличаются от убеждения и принуждения (хотя с точки зрения психологии они могут казаться подобными), поскольку в первом случае противоположная сторона не имеет законного выбора. Она должна подчиняться. Но во втором случае у нее есть выбор, она свободна принимать или отклонять. Приказание и подчинение подразумевают для второй стороны юриди-

ческое отношение обязанности, которое мы вследствие этого назовем «обременением». Убеждение и принуждение подразумевают юридическое отношение свободы, которое мы понимаем как выбор возможностей. Таким образом, приказание и подчинение, т.е. обременения, санкционируются юридическими поощрениями и наказаниями; убеждение и принуждение, т.е. возможности, санкционируются экономическими выгодами или затруднениями. И то и другое, как ожидается, выгодно для первой стороны, но если обременения выгодны постольку, поскольку в приказном порядке наложены на вторую сторону, то возможности выгодны постольку, поскольку являются дополнительными сделками со второй стороной. Полное определение обременений: ожидаемые выгодные односторонние действия, осуществляемые в приказном порядке; полное определение возможностей: ожидаемые взаимовыгодные необязательные сделки.

Законодательство о невещественной собственности является особым случаем законодательства об обременениях, поскольку налагает только «позитивную» обязанность, обязанность исполнения, в то время как «негативные» обязанности уклонения и воздержания суть обременения, относящиеся к законодательству о нематериальной собственности. Невещественная собственность соотносится с обязанностью платить долги, а нематериальная собственность — с обязанностью избегать или воздерживаться от употребления физической, экономической или моральной власти. Обе собственности в реальности нераздельны, и различие между ними проводят только в тот момент времени, когда имеющие исковую силу обязательства по договорам считаются вступившими в силу. *До того* как обязательство дано, стороны находятся в положении, когда могут выбирать между возможностями; *после того* как оно дано, дальнейшего выбора уже не существует, если обязательство имеет исковую силу. Однако и до, и после того, как обязательства по договору обретают силу, существуют обязанности по уклонению и воздержанию, наложенные на обе стороны и на все третьи стороны. Именно это последовательное историческое изменение во всех этих обременениях на поведение (будь то исполнение, уклонение или воздержание) маркирует эволюцию как невещественной, так и нематериальной собственности, а также сдвиги от одной собственности к другой.

Итак, поскольку особый случай обязанности исполнения есть специфический атрибут невещественной собственности, мы можем принять как данность наличие необходимо поддерживающих ее обязанностей уклонения и воздержания и можем говорить о законодательстве об обременениях как о законодательстве о «позитивных» обременениях исполнения и, следовательно, об эквиваленте невещественной собственности, поскольку оно является законодательством, регулирующим отно-

шения кредитора и должника. В то же время законодательство о возможностях является законодательством о нематериальной собственности, в том смысле, что оно имеет дело с отношениями покупателя и продавца, заемщика и займодавца, нанимателя и нанимаемого, арендатора и арендодателя и т.д.

Можно сказать, что законодательство, касающееся положительного обременения, развивалось в двух направлениях, которые можно определить как законы об обременениях на труд и законы об обременениях на инвестиции. Трудовое законодательство исторически развивалось как законодательство, регулирующее отношения рабовладельца и раба, землевладельца и крепостного, хозяина и слуги, нанимателя и наемного рабочего, начальника и подчиненного и, возможно, предполагало подразделы, касающиеся отношений между родителями и ребенком и мужем и женой. Законодательство об инвестициях является преимущественно законодательством, регулирующим отношения землевладельца и арендатора, арендодателя и съемщика, кредитора и должника. Оба законодательства демонстрируют эволюцию понятия собственности: от собственности на видимые вещи к собственности на невидимые возможности и обременения на поведение.

Законодательство, касающееся труда и трудовой деятельности, регулирует отношения кредитора и должника вплоть до того момента, когда выплачиваются зарплаты и жалования, после чего оно неформально превращается в законодательство об особых инвестициях. Типичный инвестор современной промышленности возникает как специалист, который в тот день, когда рабочие и служащие получают зарплату, принимает на себя бремя, связанное с ожиданием вознаграждения, которое длится вплоть до того момента, когда конечный потребитель возмещает все предшествующие услуги. Инвестор может быть формальным или неформальным. Неформальный инвестор — это инвестор, который инвестирует свои деньги в свой собственный бизнес.

Сделка, которую совершает формальный инвестор, представляет из себя продажу текущей покупательной способности в обмен на будущую покупательную способность. В современном бизнесе этот обмен принимает много форм, включая покупку акций, облигаций или долговых обязательств. В любом из этих случаев сущность сделки заключается в продаже текущей покупательной способности и приобретении обязательств или ожиданий будущей покупательной способности. Первое — это деньги, второе — кредит.

Продавая текущую покупательную способность, инвестор продает часть своей свободы, которая заключается в контроле над покупательной способностью, которая принадлежала ему, так что теперь поле его свободы на некоторое время ограничивается обязанностью уклонения.

В обмен инвестор получает обязательство или обещание будущей покупательной способности, обременение, наложенное на должника или действующее предприятие, и именно это инвестиционное обременение, или невещественная собственность, возникает из примитивного представления о собственности как о владении физическими вещами для собственного употребления.

Законодательство, касающееся инвестиционных обременений, берет начало в рамках общего права с идеи собственности на физические вещи и соответствующих правовых действий, направленных на возвращение материальных объектов или даже монет определенного номинала, неправомерно изъятых или отчужденных у владельца или удерживаемых вопреки его воле, наряду с правовыми действиями, направленными против насильственного посягательства на земли, движимое имущество и лиц, пока постепенно, к середине XVI в., оно не стало обеспечением просто обещаний или обязательств, явных и неявных, закрепленных и не закрепленных письменно, принятых на себя формально или даже действующих без формального согласия, так, как если бы они действительно были даны.

Например, «судебный приказ о праве» и «судебный приказ о долге» указывают на сходные идеи и процедуры: первое — это средство судебной защиты против насильственного отчуждения земли, а второе — против насильственного отчуждения физической недвижимости. Судебный приказ о праве передается королем шерифу, обязывая его потребовать от ответчика X вернуть истцу Y тот участок земли, который Y незаконно отнял у X²⁶. Этот приказ всего лишь признает за Y большее право на владение, чем за X. Он дает юридическое владение, но не собственность²⁷. Однако в конце концов из него развилась совершенная система судебной защиты по решениям, вынесенным в отношении движимой или недвижимой собственности; в результате утвердилось абсолютное право на собственность, право в отношении неограниченного круга лиц со всеми сопутствующими средствами судебной защиты, прилагаемыми к титульному и фактическому владению всеми физическими вещами, будь то земли, товары или даже бумажные документы, служащие свидетельством обладания собственностью.

«Судебный приказ о долге» отличался от «судебного приказа о праве» только в том, что касалось физического объекта, на который претендовал истец. Точно так же король обязывал шерифа обеспечить возвращение ответчиком X истцу Y имущества, но уже не земли, а, скажем, ста монет определенного номинала, которые X занял у Y. Ответчика обязы-

²⁶ *Jenks. Op. cit.* P. 56.

²⁷ *Pollock, Maitland. Op. cit.* Vol. 2. P. 77.

вали вернуть именно те монеты, которые он взял в долг. Но впоследствии речь стала идти уже не о монетах, но о размере долга²⁸. Даже в тех случаях, когда личное обещание должника совершить определенное действие признавалось, оно должно было принять объективную форму в виде скрепленного печатью долгового обязательства, данного со всеми формальностями при свидетелях или в суде²⁹, и теперь основанием для взыскания долга являлось уже не столько обещание должника, сколько это долговое обязательство с внушительных размеров печатью³⁰.

Однако современный простой или устный договор, зафиксированное или не зафиксированное на бумаге обещание, признающее личное обязательство должника, получило признание не в связи с обеспечением обещания, а в связи с физическим вредом, причиненным собственности кредитора или лично ему самому. «Суть “судебного приказа о возмещении убытков по иску о нарушении владения” заключается в заявлении о том, что ответчик силой и оружием и в нарушение спокойствия нашего государства и монарха покусился на находящиеся во владении истца тело, землю или имущество»³¹. В 1285 г.³² властью парламента судебный приказ о возмещении убытков по иску о нарушении владения было разрешено распространять на аналогичные случаи; эти требования стали именоваться «иском о возмещении убытков при сходном случае» (*trespass on the similar case*), позднее — «иском о возмещении убытков при случае» (*trespass on the case*), затем просто «иском о возмещении убытков» (*action on the case*), или «делом» (*case*). В 1374 г. властью парламента «приказ о возмещении убытков» был распространен на «неправомерное действие», или на вред, причиненный физическому объекту, принадлежащему истцу, затем (1424 г.) — на «неисполнение обязательств», или на убытки, вызванные простым невыполнением обязательства, без злого умысла или введения в заблуждение, а еще позже (1433 г.) — на «злоупотребление», или на сознательный обман, связанный с нарушением обещания, хотя и без причинения физического вреда. После этого в конце XVI в., включив «*assumpsit*» (иск об убытках из неисполнения простого договора), ограниченный принципом «вознаграждения по обязательству», или «*value received*» («эквивалент получен»), приказ о возмещении убытков лег в основу современной формы договора³³.

²⁸ *Jenks*. Op. cit. P. 57-59.

²⁹ *Ames J.B.* Lectures on Legal History. 1913. P. 123.

³⁰ *Jenks*. Op. cit. P. 135-136, 510.

³¹ *Ibid.* P. 137; *Pollock, Maitland*. Op. cit. P. 182 (Contract); 510 (The Trespasses).

³² *Westm.* 2, 13 Edw. I, c. 24. 1285.

³³ *Pollock, Maitland*. Op. cit. Vol. 2. P. 511.

Таким образом, долговое обязательство, или даже устное обещание, или обещание, только подразумеваемое поведением сторон, в течение XVI в. были постепенно узаконены, и суд признал существенное понятие кредитного инструмента, современной невещественной собственности, защита которой сильно отличалась от прежнего понятия судебной защиты в случае вреда, причиненного телу, земле или имуществу истца.

Из этого не следует, что в феодальный период не существовало невещественной собственности; тем не менее эта собственность не была современным отношением, вытекающим из добровольных соглашений, заключенных между равными, но представляла из себя господство над физическими вещами, или физическими продуктами земли и труда. Земельная «рента» также была частью господства над землями и арендаторами. «Землевладелец, требующий ренты в случае просрочки, имеет в виду не принуждение к выполнению условий договора, но возвращение вещи, ему принадлежащей»³⁴. Только с течением времени, с возникновением современной свободы труда и денежной экономики этот «средневековый реализм»³⁵ преобразовался в современные обязательства по договорам, заключенным между равными. Законодательство, регулирующее отношения землевладельца и арендатора, развилось в многообразие законов, регулирующих отношения арендатора и арендодателя, являющихся особым случаем законодательства, регулирующего отношения кредитора и должника. Арендодатель передает арендатору контроль над своей собственностью и на определенное время примеряет на себя экономическую роль инвестора и кредитора, а арендатор — экономическую роль предпринимателя (или действующего предприятия) и должника.

Нет необходимости рассматривать неформального инвестора, предпринимателя, который вкладывает свою собственность или деньги в свой бизнес. Он это делает, конечно, не в силу формального обещания, но в силу подразумеваемого ожидания получить нечто большее, чем обещают в подобных случаях. Он решает на это, чтобы воспользоваться предполагаемыми возможностями.

2.2. Законное платежное средство

В экономической теории начиная с полемики физиократов и Адама Смита против меркантилизма вошло в практику не уделять время рассмотрению денег, а сразу обращаться к реальности физических товаров и человеческих потребностей. Деньги были просто мерой ценности и средством обмена, и хотя их роль признавалась значительной, сама эта значительность

³⁴ Pollock, Maitland. Op. cit. Vol. 2. P. 126.

³⁵ Ibid. P. 181. On Ownership and Possession.

принадлежала к категории мер и весов или средств передвижения. Правительство должно предоставить надежную единицу измерения ценности, точно так же, как оно вводит меры длины, веса или объема, и оно должно обеспечить нормальную организацию денежной эмиссии и банковского дела: ведь то, что предоставляло правительство, — это «великое колесо обращения» Адама Смита. В этом отношении ценность денег — чисто номинальная ценность, содержащая в себе не больше, чем содержит линейка или пустая корзина. Реальные вещи, скрытые за деньгами, — это производство, обмен и потребление количеств товаров, чье измерение и перемещение облегчается при помощи денег.

Эти воззрения, безусловно, отражали индивидуалистическую, или частную, позицию, а меркантилизм, напротив, отражал общественную или, вернее, монархическую точку зрения. То, что требуется индивиду, — это товары, а не деньги, удовлетворение потребностей, а не цены. Там же, где требовалась общественная точка зрения, речь шла скорее о слугах или управляющих «великого круга обращения»³⁶, а не о судьях, решающих споры; о «естественном порядке» и благих целях природы или божества, а не о судьях общего права, обеспечивающих исполнение частных договоров. Поэтому, когда описывалась история денег, начиная с традиций примитивных обществ, и показывалась эволюция вещей, которые становились деньгами (бусы, скот, табак, затем железо, медь, серебро и золото и банковские кредиты), внимание привлекал скорее механизм денег и кредита, нежели поведение судей при интерпретации и обеспечении исполнения обязательств по договорам.

Такое отношение согласовывалось с общим умонастроением экономистов и публицистов, обусловленным тремя сотнями лет борьбы за конституцию между монархами и парламентами, борьбы, в ходе которой создавалось впечатление, что правительство — это прежде всего исполнительная и законодательная, но не судебная ветви власти. Поэтому экономисты пытались обнаружить правовой аспект денег в декларациях верховной власти или в постановлениях законодательной власти, а не в общем праве. Однако именно благодаря общему праву, которое возвело народные обычаи в ранг правовой нормы, появилось такое понятие, как «законное платежное средство», а королевская или исполнительная власть вышли на сцену уже позже, для того чтобы направлять судей в том, что касается законных стандартов мер и весов (включая деньги), которые те должны были использовать единообразно по всей стране при решении споров и обеспечении исполнения обязательств.

То, что физиократы, Адам Смит и классические экономисты не обращали на это внимания, объясняется тем, что то, что они считали поряд-

³⁶ Ср.: Veblen T. Place of Science. P. 66.

ком природы или Божественным Провидением, было всего лишь общим правом, которое незаметно формировалось рядом с ними в решениях судей, без лишнего шума отбравших и возводивших в ранг правовой нормы лучшие из традиций, характерных для той или иной местности и отвергавших плохие обычаи, которые не соответствовали принятым правилам здравого смысла. Законодатели и монархи ярки, своевольны и искусственны; суды банальны и естественны.

Это также объясняется тем, что экономическая теория постоянно принимала во внимание либо индивидов, с одной стороны, либо товары, с другой стороны, но не сделки между индивидами. Наше исследование сделок показало, что всегда существует третья сторона — судья, который решает (или, как ожидается, может решить) каждый спор, руководствуясь нормой общего права, приложимой ко всем сходным сделкам. Предприниматель в своих обыденных ежедневных сделках непосредственно не соприкасается с тем, что делает законодательная власть, государство или монарх: он хочет знать, что будут делать судья и шериф. Этот судья, однако, необходимо занимает государственную точку зрения, поскольку его решения должны соответствовать решениям, принятым другими судьями в подобных спорах, и тому, что узаконивают и поддерживают традиции или законы сообщества. Применяя норму общего права, он следует общественным целям. Поэтому общественная позиция внедрена в каждую сделку, и это относится как к примитивному обществу, так и к экономике, основанной на кредите.

Безусловно, деньги возникли из обычаев и традиций индивидов с их сделками, но всякий раз, когда между ними возникали споры, касающиеся цен или отсроченных платежей, судья, вождь или король, употребляя контролирующую власть сообщества, должны были вынести решение относительно качества и количества платежных средств, которые должны принимать продавец или кредитор. Решение прекращало спор, останавливало личную месть, давало свободу должнику или покупателю и ограничивало кредитора или продавца. Позже, когда появились рынки и ярмарки, начали запускаться те же самые процессы, и импровизированные «суды пыленных ног»³⁷ средневековой Англии свидетельствуют о том, что неотъемлемой функцией судейства являлись интерпретация и обеспечение соблюдения традиций даже постоянно переходящих с места на место, индивидуалистически настроенных странствующих торговцев.

Следовательно, исследуя историю и происхождение денег, надлежит принимать во внимание еще одну традицию: традицию судей решать споры в соответствии с принципом действующих норм и исходя из этого

³⁷ О судах, обладавших юрисдикцией над странствующими торговцами, см.: Pollock, Maitland. Op. cit. Vol. 1. P. 467; Holdsworth. Op. cit. Vol. 1. P. 300, 302, 309.

определять «законные деньги», или «законное платежное средство», используемое при удовлетворении требований. Тот факт, что, вынося свои решения, эти судьи предположительно следовали традициям общества, является не более чем универсальным фактом, характерным для общего права вообще, поскольку общее право формировалось путем отбора хороших традиций и исключения плохих обычаев в решении споров.

Эти традиции судов выводили на следующий уровень в ситуации, когда вследствие завоевания или объединения по принципу федерации несколько племен оказывались подчинены одному суверену, в распоряжение которого попадало множество местных судов и частных монетных дворов. В англосаксонский период Этельстан, Эдгар и Канут обнародовали указы, вводившие наказание за порчу монеты; король Эдуард I провозгласил, что «ни один подданный не должен быть принуждаем к тому, чтобы брать при покупке, продаже или другой сделке какую-либо монету, кроме монеты из законного металла — серебра или золота»; Генрих II, как сообщают, лично отобрал монеты из числа привезенных в Англию Эстерлингами, купцами из Фландрии, и объявил эти «стерлинги» стандартом для всех монетных и золотых дел мастеров³⁸, а также, разумеется, для всех разъездных судей (Генрих был первым, кто направил судей в графства). Таким образом, в рамках общего права была сформулирована норма, что король «своей абсолютной властью» может утвердить иностранную или любую другую монету в качестве «законных денег» Англии³⁹, и тогда кредитор, отказывающийся ее принимать, лишается средств судебной защиты со стороны общего права, обеспечивающего платеж: «Будет рассматриваться как его собственное недомыслие, что он не взял деньги, которые были предложены ему в законном платежном средстве»⁴⁰. В протоколах «суда запыленных ног» Сент-Айвса (1300 г.) содержится решение по делу купцов, требовавших, чтобы другая сторона заплатила в «законной монете» (*legal! moneta*), поскольку «крокарды и поллярды», которые предлагались для оплаты, были «запрещены государем королем по всей Англии»⁴¹.

Очевидно, что король был прямо заинтересован в контроле над чеканкой монеты, поскольку при ухудшении качества монет он терял доходы от налогов, штрафов и субсидий, принудительных долгов своих подданных. Позже, когда возникла современная банковская система с ее счетами, банкнотами и депозитами, ожидание того, что судьи будут де-

³⁸ 2 Coke Inst. 576.

³⁹ 5 Co. Rep. 114a. *Wade's Case*, Trin. 43 Eliz. 1601.

⁴⁰ Co. Litt. 207a,b. 208a; *Pong v. Lindsay*, 1 Dyer. 82a. Hil. 6 and 7. Edw. VI; 1 Bla. Com. 276; *Viner Abr.* "Tender".

⁴¹ 23 Selden Soc. 80.

лать при решении споров, становится стандартом первостепенной важности при всех частных сделках. «Традиции» предпринимателей и банкиров все еще являются базисом для денег, но чтобы исполнение деловых обязательств было обеспечено, эти частные обычаи должны согласовываться с традициями судов. Именно это законное платежное средство (включая государственные бумажные деньги, «зеленые спинки»⁴²), которое требовала традиция судов, именовалось в американской практике «законными деньгами» (термин общего права, восходящий к англосаксонским временам).

Таким образом, в любой денежной системе, даже самой примитивной, есть общественная цель, коль скоро речь идет о властных решениях споров, касающихся средств платежа. Общественная цель развивалась вместе с ростом населения, изменением обычаев, форм правления и мотивов правителя. В ранние времена цель заключалась в том, чтобы просто сохранить мир, однако впоследствии целью стало получение дохода сувереном; затем, с развитием современного капитализма и доминированием коммерческих целей и задач в планах правительства, общественная цель стала заключаться в обеспечении смитовского «великого колеса обращения», настоящего «органа экономического благосостояния».

Однако вскоре возник вопрос: может ли стандарт законного платежного средства сам по себе обеспечить должное функционирование «великого колеса обращения», и дальнейшие критические исследования показали, что, с точки зрения общественных целей, весьма важными являются и иные моменты. Со времен Джона Локка главной темой, связанной с обеспечением современной мировой торговли, стало установление единого стандарта ценности, на который не могли бы повлиять невежество или корыстный интерес монархов, контролирующих эмиссию. Принятие золотого и серебряного стандарта совпало с ликвидацией абсолютизма в Англии в 1689 г. и установлением контроля над правительством при помощи конституционных методов парламентского представительства. В данном случае общественный интерес заключался в принятии простого унифицированного средства обмена как для внутренней, так и для внешней торговли.

Спустя 150 лет после решения этой задачи возникает новый общественный интерес, рассматриваемый как идеал, — стабилизация цен для предотвращения несправедливости в отношениях между кредитором и должником. Эта цель появилась как результат использования нового инструмента статистики, а именно табличного стандарта, или индекса цен, предложенного в 1822 г. лондонским торговцем Джозефом Лоу и усовершенствованного в 1833 г. политиком и публицистом С. Пулетт-Скрупом.

⁴² Hepburn v. Griswold. 8 Wall. 603. 1869; Legal Tender Cases. 12 Wall. 457. 1870; Juillard v. Greenman. 110 U.S. 421. 1884.

Однако еще в 1821 г. Мальтус, также с позиции общественных интересов, предложил другую цель — предотвращение колебаний между процветанием и депрессией, а также между сверхзанятостью и безработицей (колебаний, которые он связывал с колебаниями общей покупательной способности денег⁴³). Эта общественная цель теперь выходит на первый план как критерий для определения законного стандарта ценности и операций банковской системы, которые суть средства, учрежденные правительством для предоставления и приостановки кредитования⁴⁴. Если бы произошла смена правительственных чиновников или если бы умонастроение нынешних чиновников изменилось сообразно этому новому критерию (как это произошло в конце XVII в., когда к чиновникам обращался Джон Локк), тогда эта цель, явленная в поведении чиновников и судей, также могла бы обусловить новый шаг вперед, связанный с обеспечением стабильного уровня цен, равно как и единого стандарта ценности в качестве его критерия.

Таким образом, при определении меры ценности и законного платежного средства важны не столько материал, из которого изготавливаются деньги, и денежно-кредитный механизм, сколько поведение судей, решающих споры. Не золото, но атрибут законного платежного средства, приданный золоту судами, определяет цены, которые предприниматель платит за товар, так как именно этот атрибут определяет возможность обеспечения исполнения договоров, ликвидации задолженности, активы и пассивы действующего предприятия. Цены — это «номинальные ценности», они суть ожидания поведения судей при обеспечении исполнения обязательств по договорам. И современная экономика — это не *бартерная* экономика, или экономика *обмена* (как то считали физиократы и классики), не экономика удовольствия и страдания, или производства и потребления (как то считали представители гедонистической теории), но экономика *цен*, что подтверждают реальные практики бизнеса и судов. Действительно, бизнес — это не *обмен* товаров, а *покупка* и *продажа* товаров. Современная экономика — это экономика продавцов и покупателей, заемщиков и займодавцев, а не экономика бартера и обмена. Ее главным качеством, предшествующим всему остальному, является передача титулов и освобождение должников от обременений при помощи законного средства ликвидации обязательств. Современная экономика — это «кредитная» экономика в самом полном смысле этого слова, поскольку в ее рамках товары и услуги передаются за одно только обещание заплатить, обещание, реальностью которого является уверенность в ожидаемом поведении граждан, судей и законодателей.

⁴³ Malthus T.R. Principles of Political Economy. P. 397-398.

⁴⁴ Cp.: Commons, McCracken, Zeuch. Secular Trends and Business Cycles 11 4 Rev. Ec. Stat. 1922. P. 6.

За этим тонким и бесплотным ментальным процессом с его чисто номинальными ценностями и ценами скрыта великая реальность производства и потребления, процветания и бедности, частного богатства и «общественного достояния». Мы, однако, не можем ясно видеть связь между обещаниями и реальностью, между ценами и благосостоянием, пока не увидим другой, более значимый аспект этого ментального процесса, который заключается в том, что суды сделали возможным, чтобы сами эти обязательства или обещания выглядели и функционировали как товары: речь идет о свободной обращаемости.

3. НЕМАТЕРИАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ — ВОЗМОЖНОСТИ

3.1. Свободная обращаемость

Выше мы описали изменение, произошедшее в значении термина «собственность»: если в общем праве собственность — это физические вещи, то в коммерческом праве — цены вещей. Ожидаемые цены рассчитываются как текущая ценность и становятся активами, или принимаемыми в расчет предпринимателем ожиданиями будущих сделок на товарных рынках. Но гораздо более радикальное изменение при переходе от общего права к коммерческому заключалось в том, что сами обязательства, или обещания одного лица другому, стали товарами, которые можно продавать и покупать на денежных рынках и рынках ценных бумаг. «Если бы нас спросили, — говорит МакЛеод⁴⁵, — какое открытие больше всего повлияло на судьбу рода человеческого, следовало бы признать: открытие того, что долг может быть продан как товар. Когда Дэниэл Уэбстер сказал, что кредит обогатил нации в тысячу раз больше, чем все копи мира, он имел в виду это открытие — что долг есть товар, который можно продать, или, говоря иначе, долг — это движимое имущество, и он может употребляться как деньги, обнаруживая все свойства денег».

Первоначальное общее право не могло признать уступку требований, или обращаемость договоров, в силу двух обстоятельств: собственность

⁴⁵ *McLeod H.D.* Theory and Practice of Banking. 5th ed. Vol. I. P. 200. Дальнейшую информацию об обращаемости долгов и передаче их другому владельцу см.: *Morse John T., Jr.* Banks and Banking. 4th ed. 1903; *Holdsworth W.S.* Origins and Early History of Negotiable Instruments // 31 LQR. P. 12, 173, 376; 32 LQR. 1915-1916. P. 20; *Jenks E.* Early History of Negotiable Instruments // 9 LQR. 1893. P. 70; *Greer F.A.* Custom in the Common Law // 9 LQR. 1893. P. 153; *Carter A.T.* The Early History of the Law Merchant in England // 17 LQR. 1901. P. 232; *Ames J.B.* History of Assumpsit // 2 Harv. L. Rew. 1888. Vol. I. P. 53, 377; Selected Essays in Anglo-American Legal History. Vol. 3. P. 259; *Holdsworth VPS.* A History of English Law. 1909. P. 302; *Pollock, Maitland.* History of English Law. 1911. Vol. 2. P. 226; *Page.* On Contracts. 1919.2343 et passim; *Pound R.* Liberty of Contract // 18 Yale Law Journal. 1909. P. 454; *Browne J.H.B.* The Law of Usages and Customs. 1875.

в нем понималась только как материальный объект, а договор — как личное отношение. Понятие о материальных объектах выросло из взаимодействия человека с природой, а понятие о личных отношениях — из характера и взаимного доверия индивидов. Когда в XVII в. коммерческое право превратило отношение человека к природе в активы действующего предприятия, то сходным образом была устранена и персональность индивидов — посредством превращения их долгов в активы и пассивы действующего предприятия.

Примитивный ум не мог представить себе собственность отдельно от физического владения. Собственность, на самом деле, — это нематериальное отношение, зависящее от обещаний правительства, так что лицо может обладать объектом, который невозможно увидеть. Но «владение», в своем исконном значении, есть физическое отношение видения, осязания и «держания при себе» материальных вещей. Даже если саму вещь невозможно воспринять при помощи чувств, то все равно владение ею должно символизироваться неким другим физическим чувственно воспринимаемым объектом. Поэтому класс обещаний, воплощенных в таких бумажных документах, как дарственные или долговые обязательства, составлялся в присутствии свидетелей в весьма торжественной обстановке и заверялся внушительных размеров печатью лица, дающего данное обещание, что физически символизировало для владельца и всех прочих людей факт его владения физическим объектом (прямого владения в случае дарственной или непрямого, но гарантированного в случае долгового обязательства). Примитивный разум не мог воспринять обещание как таковое с его невидимым основанием в ожидаемом поведении судов, обеспечивающих исполнение обещания, но вполне воспринимал его на бумажном инструменте, скрепленном большой вычурной печатью.

Пережитки этого древнего материализма сохранились до нашего времени. Проводя различие между бумажным символом документа, скрепленного печатью (который претерпел изменения) и «сущностью» обещания, содержавшегося в документе, скрепленном печатью (которая не изменилась), судья Холмс в 1901 г. отметил, что в примитивном праве «изменение было отменой документа, скрепленного печатью, точно так же, как удаление с него печати. Это правило пришло к нам из тех времен, когда договор, содержащийся в скрепленном печатью документе, был настолько неотделим от субстанции документа, что душа гибла вместе с телом, когда последнее уничтожалось или по какой-либо причине меняло свою идентичность»⁴⁶. И, отличая долг от бумажного документа, который был не более чем свидетельством о долге, он сказал также: «Долг неотделим от бумаги, которая декларирует и конституирует его, в силу

⁴⁶ Bacon v. Hooker. 177 Mass. 335, 337. 1901.

традиции, восходящей к архаичным условиям. Следовательно, поскольку рассматривалось только *место* собственности, было постановлено, что по долговым обязательствам, данным вне пределов штата, долги не могут взыскиваться... Но очевидно, что передача зависит от закона штата Нью-Йорк не в силу каких-либо теоретических рассуждений, относящихся к местоположению долга, но в силу практического факта его власти над личностью должника... Что делает долг действительным? Ничто, кроме того факта, что законы места, где пребывает должник, обяжут его заплатить. Власть над личностью должника предоставляет юрисдикцию»⁴⁷.

Таким образом, юридический анализ постоянно привлекался для того, чтобы выйти за пределы примитивных понятий физических вещей как «сущности» или символа собственности и обнаружить реальность собственности не в вещах, а в обещаниях индивидов, поддерживаемых судами, которые обеспечивают исполнение индивидами своих обязательств. Для того чтобы прийти к этому, понадобился опыт нескольких веков, на основании которого был выработан принцип простого обязательства, не скрепляемого печатью и не требующего тех формальностей, о которых говорилось в предыдущем разделе, и, самое главное, были созданы механизмы, позволяющие покупать и продавать эти обязательства.

В примитивном обществе существовала и другая фундаментальная причина, препятствующая узакониванию уступки требований. Обещания, явные или неявные, — это основа человеческого общества. В этом факте укоренена концепция общества как результата договора. Но этот договор — не формальный договор, принятый раз и навсегда в самом начале существования общества, а затем интерпретируемый каждым индивидом, но процесс подразумеваемых обещаний, выводимых из обыденного каждодневного поведения, согласно принятому в данное время способу осуществления действий⁴⁸. Когда человек входит в комнату вместе с другими людьми, он сам этим действием обещает, что не будет нарушать традиции данного собрания, но останется в рамках принятого поведения. Такие обещания являются личными. Их дают друг другу лица, которые живут и действуют вместе. Но, будучи личными, они тем не менее не являются индивидуальными. Они — коллективные. Ущерб, причиненный одному, всегда касается всех, кто действует совместно. В примитивном обществе эти коллективные ожидания растворяли индивида в группе, так что нарушение явных или неявных обещаний искупалось другими членами группы и детьми нарушителя, а возмещение

⁴⁷ Blackstone v. Miller. 188 U.S. 189, 205-206. 1903.

⁴⁸ «Это обычай, который медленно, от поколения к поколению определяет условия общественного договора». Цит. по: Greer F.A. Custom in the Common Law // 9 LawQuar. Rev. 1893. R 153.

получал не только претерпевший ущерб индивид, но и его группа и его дети. Отсюда происходят кровная месть, наследуемое рабство, фиксированный статус индивидов и коммунизм, который следует примитивной концепции коллективной ответственности и обеспечивающей эту ответственность коллективной власти.

Выделение индивидов из группы проходило постепенно и по классам индивидов: сначала, за счет завоевания, выделились земельные собственники, затем, за счет причастности верховной власти, выделились капиталисты и, наконец, рабочие. Выделение из группы подразумевало равенство и свободу индивидов, образующих данный класс, но при этом они сохраняли превосходство над индивидами тех классов, которые еще не стали причастны верховной власти. Между высшими и низшими обещание носило недобровольный характер покровительства и подчинения, а обеспечение его исполнения находилось в руках высших. Среди равных обещание носило добровольный характер взаимной услуги, и его исполнение, как мы видели, обеспечивал суд, который отнимал у индивидов власть частного принуждения, но признавал в то же время обязывающий характер обещания.

Это признание того, что обещание среди равных носит характер взаимной услуги, заключалось в наделении их равной свободой давать индивидуальные обещания и нести соответствующую индивидуальную ответственность за их исполнение. В результате договор как таковой уже не связывал наследника лица, давшего обещание, равно как и наследник лица, которому было дано обещание, не получал никаких выгод. Точно так же ответственность за нарушение традиций не могла быть субститутивно перенесена на другого, равно как и тот, кто должен был получить возмещение за это нарушение, не мог передать свои притязания другому; теперь возмещение должно было производиться лично нарушителем и получаться лично потерпевшим. Ответственность уже не могла пережить самого нарушителя, равно как и претензия — потерпевшего; так было покончено с кровной мстью и наследуемыми рабством и неволей, которые сводили на нет равенство и свободу индивидов одного класса. Закон равенства и свободы индивида, таким образом, является законом невозможности перехода и передачи по наследству как права на получение возмещения, так и обязанности его осуществления, в то время как закон о рабстве и сословиях был законом о переходе и Наследовании как прав высших, так и обязанностей низших.

Таким образом, после того как в XVI в. было усовершенствовано кредитно-долговое законодательство, потребовалось еще одно столетие для того, чтобы личные отношения между кредитором и должником как равных (в соответствии с общим законом о свободе и равенстве) стали имущественными отношениями между активами и пассивами. Это изменение заключалось в изобретении принципов уступки требований

и наследования обязательств, свободных, однако, от личностного характера. Изменение было столь радикально, что эти самые обещания между равными, составляющие кредитно-долговую систему, теперь могут восприниматься (и законом, и обществом) как товары, продаваться и покупаться как товары, хотя они не товары, не рабы и не невольники (если те понимаются как товары), но ментальные ожидания, возникающие на основании уверенности в обещаниях правительства, судов и предпринимателей.

Важнейшим требованием предпринимательской практики было превращение обещаний свободных людей в некое подобие денег. Первоначальной формой покупки и продажи был бартер — прямой обмен движимых продуктов. Даже после введения денег обмен с их участием представлял собой бартерный обмен денег на продукты, причем и то и другое понималось как движимое имущество. Это формировало денежное соглашение как отличное от кредитного или ценового соглашения. Кредитное соглашение не признавалось, и «иск о долге» представлял собой иск о возвращении неправомочно удерживаемого движимого имущества или монет, точно так же как «иск о праве» на землю был иском о возвращении отнятой силой земли⁴⁹. Это были иски о возвращении физической собственности, а не иски о принуждении к исполнению договоров. Если же говорить об обеспечении исполнения обещаний (если при этом не привлекались идеи незаконного нападения, причинения ущерба или воровства), то речь шла только о чести, и судом, к которому можно было воззвать в данном случае, являлись только священник в исповедальне и дуэльное оружие в личном поединке.

Это было похоже на отношения землевладельца и арендатора. Представляя собой личное отношение, рентное соглашение и соответствующие обязательства по договору не могли быть переданы ни землевладельцем другому землевладельцу, ни арендатором другому арендатору без согласия противной стороны. Королевский арендатор не мог отказаться от своей аренды в чью-либо пользу без дозволения короля, и все нижестоящие субарендаторы также не могли отказаться от аренды без согласия своего непосредственного сеньора.

То же самое можно сказать и о других договорах. Договор, представляя собой личное отношение между кредитором и должником, не мог быть продан кредитором третьей стороне, равно как и принят — в интересах должника — на себя другим должником без согласия другой стороны исходного договора. Поскольку обещания были личными обещаниями верности или взаимными услугами равных, то юристы общего права не могли понять, каким образом третьи лица, не связанные со сто-

⁴⁹ См. с. 261.

ронами никакими отношениями доверия, могут участвовать в их договоренностях, если только сами не свяжут себя такими же отношениями доверия.

Таким образом, для общего права передача договорных прав, являвшихся добровольными обещаниями двух равных и свободных сторон, не признавалась, если на нее не давала согласия другая сторона. Отношение между двумя сторонами было личным отношением, возникающим на основе личного доверия, а не отношением собственности, возникающим на основании передачи физических вещей. Там, где в наши дни личные отношения по-прежнему значимы, обязательства по договору по-прежнему нельзя передавать. Например, обещание жениться не может быть передано обещающим третьей стороне без согласия невесты, равно как оно не может продаваться на рынке. Также не может быть передано обещание оказать некую особую услугу, качество которой полностью определяется навыками или умениями обещающего.

Самый полный и самый высокий уровень передаваемости — свободная обращаемость, которая заключается в обещании заплатить определенную сумму денег без всяких предварительных условий, в конкретное время и в конкретном месте. В данном случае личностный элемент устраняется практически полностью, насколько это вообще возможно, так что третья сторона, к которой законно переходит обещание, может подавать иск от своего имени, как если бы обещание было дано лично ей. И, поступая так, третья сторона свободна от всех возможных ссылок на обман или от исков о возмещении, которые мог бы предъявить должник против стороны, с которой был изначально заключен договор. Держатель определенного оборотного документа получает даже более надежный титул, нежели тот, которым владеет изначальный кредитор, поскольку он получает его свободным от пороков титула и от справедливых требований к кредитору, от которого он получил этот оборотный документ. Таким образом возникает аномальная ситуация, когда разрешено продавать нечто большее, нежели то, чем реально владеешь. Должник должен сначала заплатить и лишь затем подавать иск против изначального кредитора, который осмелился продать нечто большее, нежели то, чем он реально обладал.

Эта аномалия тревожила умы судей общего права, пока законодательная власть не была вынуждена вмешаться. В 1704 г. верховный судья Хоулт отказался обеспечить исполнение кредитных обязательств лондонских ювелиров, которые являлись бумагами, оплачиваемыми по требованию предъявителя, и представляли собой прообраз современных банковских билетов. Эти кредитные обязательства, заявил он, «всего лишь изобретение ювелиров с Ломбардской улицы, которые намеревались ввести новый закон для того, чтобы связать обязательствами всех

тех, кто имел с ними дело. Конечно, позволить, чтобы такой билет нес в себе право удержания имущества, значило бы превратить клочок бумаги, который по закону является не более чем свидетельством устной договоренности, в договор за печатью; и, кроме того, такой билет наделял бы человека властью передавать другому то, чем он сам не владеет, поскольку если тот, кто давал это обязательство, не мог подать подобный иск, то почему это сможет сделать его правопреемник?»⁵⁰. Чтобы отменить эту принятую общим правом теорию Хоулта, потребовалось специальное постановление парламента⁵¹.

Хотя, таким образом, было надолго задержано введение свободной обращаемости долговых обязательств, куда более простым делом оказалось добиться признания обращаемости переводных векселей, включая их современную разновидность, чеки, выписываемые вкладчиком на банк. Вексель или чек — это приказание кредитора должнику заплатить указанной третьей стороне (или даже любой третьей стороне), «предъявителю», часть или всю сумму долга. Первый случай признания свободной обращаемости переводных векселей был зафиксирован в Англии в 1603 г.⁵² Речь шла о зарубежном обменном чеке, и эта операция прошла без затруднений, поскольку международная торговля отделялась от внутренней и осуществлялась в соответствии с традициями, общими для торговцев всех стран. Но как только этот первый шаг был сделан, стала возможной и свободная обращаемость внутренних векселей. Сначала как в случае векселей, так и в случае долговых обязательств было необходимо предъявлять и доказывать наличие торговой традиции, но между 1695 и 1704 гг. суды стали говорить о «признании факта» традиции, и с тех пор достаточной стала простая ссылка на нее⁵³. Сначала суды прилагали это правило только к тем, кто действительно был купцом, затем они распространили его на торговцев и посредников, и, наконец, в 1689 г. акцептанту, который не являлся торговцем на тот момент, было запрещено отрицать то, что ранее он им был⁵⁴. Таким образом, в ходе растянувшегося на сотню лет процесса при поддержке судов справедливости и законодателей удалось постепенно устранить все возражения, которыми в рамках общего права должник мог пользоваться для того,

⁵⁰ Buller v. Crips. 6 Mod. 29. 1702. См. также: *McLeod. Theory and Practice of Banking*. Vol. I. P. 224 ff. МакLeod настаивает, что Хоулт ошибался, поскольку и по общему праву долговые обязательства ювелиров были свободно обращаемыми. Это утверждение МакЛеода явно не согласуется с тем неоспоримым фактом, что лорд Хоулт был одним из наиболее видных юристов общего права.

⁵¹ 3-4 Anne, c. 7. 1705.

⁵² Martin v. Boure. Cro. Jac. 6. 1603.

⁵³ Williams v. Williams. Carthew, 269. 1693; Bronwich v. Lloyd. 2 Lutw. 1582. 1704.

⁵⁴ Sarsfield v. Witherly. Carthew, 82. 1689.

чтобы не платить свой долг. Теперь добросовестный держатель обязательства должника не только мог предъявить иск от своего собственного имени, даже если обязательство не было дано ему лично, но и обладал более сильной защитой со стороны закона, нежели исходный кредитор; и то, что ранее было личными отношениями между определенными индивидами, стало активами и пассивами действующего предприятия, независимыми от лиц, прошлых, настоящих и будущих, которые могут составлять предприятие.

Теперь мы видим, почему современный капитализм начинается с уступки требований и свободной обращаемости договоров. Они решали две тесно связанные друг с другом задачи: установление низких процентных ставок и быстрый оборот капитала. Капитализм практически мертв при процентной ставке 10 или 20% и при оборачиваемости 1-2 раза за год. Но он вполне жив при ставке от 3 до 6% и оборачиваемости 3-5 раз за год. Разница кумулятивна. При проценте на капитал, равном 10%, и одном обороте за год накладные расходы на получение капитала увеличиваются в 10 раз сравнительно с 5% и пятью оборотами за год. Один и тот же объем капитала проделывает в 5 раз больше работы при снижении процентной ставки наполовину.

Во второй половине XVII в., в 1668 г., когда упомянутый выше юридический процесс уступки требований и свободной обращаемости был уже частично признан в Англии, сэр Джошуа Чайлд, знаменитый приверженец доктрины меркантилизма, сравнил Англию и Голландию, чья экономика выглядела предпочтительнее. Отметив, что процентная ставка в Голландии «в мирное время» составляет 3%, в отличие от законодательно установленной в Англии ставки 6%, а оборачиваемость капитала в 2-3 раза превышает английскую, Чайлд указал, что «такая оборачиваемость, как мы ее теперь назовем, достигается в Голландии благодаря закону, который позволяет передавать долговые расписки от одного человека к другому. Это дает им чрезвычайные преимущества в коммерции, поскольку они могут оборачивать свои капиталы дважды или трижды, а мы — только один раз за тот же период. Мы, продав наши зарубежные товары здесь, не можем сразу совершить новые закупки, потому что вынуждены дожидаться наших денег, и часто бывает так, что мы ждем их шесть, девять или даже 12 месяцев. И если объем проданного велик, то мы целый год занимаемся весьма достойным делом: гоняемся за виноторговцами и лавочниками, добиваясь возврата своих денег. Если бы право передачи долговых расписок было у нас в употреблении, мы могли бы сразу же после продажи товаров распорядиться нашими расписками и закрыть наши бухгалтерские счета»⁵⁵.

⁵⁵ Child J. A New Discourse of Trade [опир. 1668]. См.: Diet, of Pol. Econ. 1804. 6th ed.

Сэр Джошуа Чайлд предложил громоздкую законодательную инициативу, которая должна была узаконить перевод долга, аналогичный современному «акцептированию»; однако, как мы уже отметили, его идеи в течение следующих тридцати лет были воплощены в жизнь куда более простым способом — благодаря признанию общим правом торговых обычаев и судебной защите этих традиций. «Великое преимущество, — говорил Чайлд, — которое получит наше королевство благодаря законному праву передачи долговых расписок от одного лица другому, вполне очевидно большинству людей, особенно торговцам. Трудность состоит не столько в принятии соответствующего закона, сколько в его практическом применении: ведь мы издавна привыкли покупать и продавать товары на основании одного устного соглашения, так что богатые и знатные люди будут — какое-то время — считать унижением для своей репутации тот факт, что для покупки товаров им будет необходимо использовать расписки и печати, а более бедные торговцы станут опасаться, что, настаивая на получении расписки за проданные товары, они потеряют постоянных покупателей». Как мы видим, это недовольство как богатых, так и средних торговцев уже давно отступило перед натиском мощной системы покупки и продажи краткосрочных обязательств коммерческими банками. Через 20 лет после окончательного оформления свободного оборота обязательств в законе 1704 г. учетная ставка Банка Англии снизилась до 2,5% , а впоследствии она колебалась между 2 и 7% в зависимости от текущей ситуации в хозяйстве.

3.2. Товарная квитанция и ценовая квитанция

Эта важнейшая новация, свободная обращаемость, на внедрение которой ушло целое столетие (от первого решения по переводным векселям в 1603 г. до отмены парламентом решений верховного судьи Хоулта в 1704 г.), хотя и создала современный капитализм, тем не менее стала причиной опасного смещения примитивного понятия физических товаров и нового понятия обязательств, функционирующих как товары. Лихорадка биржевых спекуляций впервые овладела англичанами в 1792 г.⁵⁶; схлопывание пузырей *Mississippi Company* и *South Sea Company* ошеломило соответственно Францию в 1716 г. и Англию в 1718 г., а повторение циклов инфляции и дефляции, процветания и депрессии за 200 лет стало столь регулярным, что ученые начали приписывать их влиянию Солнца и Венеры, свойствам человеческой природы, ее испорченности, пока, уже значительно позже, они не осознали, что эти циклы — следствия работы искусного изобретения — свободной обращаемости обязательств. На самом деле с введением свободной обращаемости возникает феномен

⁵⁶ Macaulay T.B. History of England. 1856. Vol. 4. P. 256.

двух диаметрально противоположных по своей природе рынков, двух противоположных по своей природе классов законных притязаний на товары и услуги и два противоположных понятия ценности. Два рынка — это товарный и денежный рынки; два класса законных притязаний лучше всего противопоставить как «товарные квитанции» и «ценовые квитанции»; два понятия ценности — это реальная ценность, относящаяся к товарам или труду, и номинальная ценность, выраженная в ценах.

Любое производственное предприятие действует в обеих областях бизнеса: с одной стороны, это бизнес по покупке, хранению, увеличению и продаже определенного количества реальной ценности, или реального богатства в форме товаров или труда; с другой стороны, это бизнес по созданию, покупке, продаже, зачету требований и аннулированию обязательств по оплате номинальной ценности, или цены той реальной ценности, или реального богатства. Первый вид бизнеса совершается на фабриках, в розничных и оптовых торговых точках, на железных дорогах, в театрах, на складах, на продуктовых биржах, фермах, рынках недвижимости — там, где люди предлагают свои товары или рабочую силу и передают титулы на них. Любая фабрика — это своего рода склад, на котором «хранятся» сырье и труд, чтобы через несколько недель или месяцев появиться в виде готового продукта. Любая оптовая или розничная торговая точка — это склад, где готовые товары и труд продавцов покупаются и складываются, чтобы быть проданными в течение нескольких дней или недель. То же касается любой фермы, железной дороги, мастерской, театра и т.д. В стране существуют рынки товаров и рынки труда, и операции, которые там производятся, — это и есть тот процесс, который мы называли «действующим производством» с его производственной организацией, процесс, создающий реальные ценности и реальное богатство страны.

С другой стороны, бизнес по покупке, продаже, зачету требований и аннулированию обязательств по оплате цен, которые оговариваются на товарных рынках, ведется в коммерческих банках, являющихся денежными рынками страны. «Действующий бизнес» любого предприятия соединяет его товарный и денежный рынки, так как это — бизнес на товарных рынках (связанный с продажей и покупкой, наймом и увольнением, арендой и сдачей в аренду) и бизнес на денежных рынках (связанный с кредитованием и получением кредита, дисконтированием и депонированием обязательств по уплате цены за товар в законных деньгах в срок от 24 часов до 90 дней).

Исторически это — переход в законодательстве от временной передачи имущества на хранение, представленной товарной квитанцией, к долгу, представленному ценовой квитанцией. Амстердамский банк

и лондонские ювелиры начинали свой «банковский» бизнес как склады, хранящие золото или серебро и выдающие вкладчикам складские сертификаты, в которых указывалось, какой именно объем товара, золота или серебра сдан на хранение (пережиток этого складского бизнеса мы видим и сейчас в «золотых» и «серебряных» американских «сертификатах»). Позднее, убедившись, что все товары, хранящиеся у них на складе, не будут истребованы единомоментно, они стали нарушать свои обязательства по хранению, одалживая деньги своих вкладчиков другим людям под проценты, и выпускать товарные квитанции, превышающие наличное количество товара. Такое нарушение обязательств, если бы оно практиковалось обычным хозяином склада, толковалось бы как незаконное присвоение сданного на хранение имущества, поскольку размещенный на складе товар, будь то зерно или золото, не является собственностью владельца склада, которую он может одалживать или продавать другим, но находится в собственности того, кто разместил этот товар. Для того чтобы эти незаконные практики ювелиров стали законными, судам было необходимо заменить понятие о *размещении* золота вкладчиком на понятие о *продаже* золота банкиру, а понятие о *взятии на хранение* имущества клиента — на понятие о *долге* банкира клиенту. Теперь хозяин склада сделался из временного ответственного хранителя владельцем товаров, а бывший владелец из вкладчика, обладающего товаром, стал кредитором, владеющим банковским билетом. Именно в этом и заключалось противоправное «изобретение ювелиров с Ломбардской улицы, намеревавшихся сделать его законом», отличным от общего права, что и вызвало гнев верховного судьи Хоулта, для отмены решения которого потребовался специальный парламентский акт.

Хотя слова «вклад» («депозит») и «вкладчик» и были сохранены в банковской практике (дабы не порывать с консервативным материализмом человеческого ума, который всегда требует чувственно воспринимаемых свидетельств), вкладчик превратился из владельца вещи в кредитора банка. Пережитки примитивного материализма сохраняются в практике банковских чеков, хотя вкладчик теперь размещает не товар, но обещание заплатить (свое собственное или своего клиента), а банк благодаря свободной обращаемости становится уже не владельцем склада, но владельцем данного обязательства. Теперь «деньги» — не вещественная собственность, золото или серебро, но банковский кредит, имеющий два правовых качества: невещественной собственности (обязательство банкира платить по требованию) и нематериальной собственности (меновая ценность этого обязательства на рынках). И деньги этого типа эластичны, поскольку их объем меняется вместе с ценами, которые предприниматели соглашаются заплатить за товары. Так завершился переход от товарной квитанции, т.е. расписки, являющейся требованием на особую веще-

ственную собственность, золото или серебро, к ценовой квитанции, т.е. к банковскому кредиту, который является требованием на любой товар согласно его текущей меновой ценности.

В действительности товарная квитанция является не чем иным, как титулом на владение вещественной собственностью, а ценовая квитанция — оборотным обязательством. Изначально товарные квитанции соотносились с вещественной собственностью, владением физическими вещами и даже недвижимостью, т.е. с таким имуществом, владение которым передается не посредством физической доставки, но через выписывание особой квитанции, являющейся титулом на владение. Это касается всех товаров, т.е. движимого имущества. Я физически доставляю вам бушель картофеля, но передаю вам титул на собственность только в том случае, если вместе с картофелем передается некое свидетельство, которое закон рассматривает как подтверждение передачи собственности. Таким образом, все титулы на владение — это признанные правительством товарные квитанции, являющиеся свидетельством владения вещью независимо от изменения ценности самой этой вещи.

Эти титулы на владение плавно переходят в тот внушительный по объему класс свидетельств об ответственном хранении, которые подтверждают, что некая вещь некоего лица передается другому лицу в держание, но не во владение, и должна быть возвращена тому же лицу или передана третьей стороне. Такого рода свидетельства иногда фиксируются письменно (например, сохранные расписки, доковые варранты, коносаменты и те самые изначальные свидетельства о вкладах Амстердамского банка и лондонских ювелиров), а иногда — нет (например, в случае сдачи вещи напрокат или в ремонт).

Эти свидетельства о передаче *вещи* переходят в то, что в самом общем смысле можно определить как *фьючерсы* — обещание передать *ценность* вещи (например, когда производитель железа обязуется предоставить некое количество железа или его ценность или когда банкир обязуется передать золото или его эквивалент в виде чекового счета, который в действительности является счетом, который оплачивается другими должниками этого или другого банков; таким образом, он исключительно важен для выплаты долгов).

Эти особые фьючерсы переходят в спекулятивные фьючерсы (которые, собственно, и являются тем, что называют «фьючерсами» теперь), когда одна из сторон, не обладая самой вещью, предполагает приобрести или занять ее на рынке, или передать рыночную цену вещи, какова она будет на дату поставки, или, по крайней мере, передать «разницу» между оговоренной и рыночной (на момент поставки) ценой.

Однако в конце концов товарные квитанции охватили весь спектр неимущественной и нематериальной собственности, так же, как и вещественной, поскольку благодаря свободной обращаемости акции, облигации, варран-

ты, долговые расписки, коносаменты и т.д. практически выполняют функцию денег, легко переходя из рук в руки вместе с титулами на владение.

Тем не менее во всех этих сделках сохранялся отчетливый оттенок товарных квитанций (будь то требования на недвижимость, движимое имущество, переданные на хранение товары и даже невещественную и нематериальную собственность) в том именно, что ценность товарных квитанций меняется точно в соответствии с изменением ценности вещи, титулом на владение которой является товарная квитанция. Однако в случае ценовых квитанций, т.е. денег, дело обстоит иначе. Деньги — это власть, позволяющая получать в обмен не некую определенную, но *любую вещь* по текущей цене. Складская расписка является требованием на *определенное число* бушелей зерна, хранящегося на складе, а ценовая квитанция является требованием на любое количество бушелей зерна по текущей цене зерна. Если зерно вырастает в цене, тогда по ценовой квитанции можно получить меньшее число бушелей, а если оно падает в цене, — то большее число бушелей.

Поэтому, хотя эти два типа бизнеса (на товарном и денежном рынках) нераздельны для любого предприятия, они имеют тенденцию значительно расходиться и производить различные социальные эффекты. Я продаю вам 1000 тонн чугуна по 20 долл. за тонну, и вы обещаете мне заплатить 20 000 долл. в течение 60 дней. Я отношу ваше обязательство в банк, и банк выдает мне депозит в 20 000 долл. за вычетом дисконта. В бухгалтерских книгах банка появляются записи: в графе «ссуды и дисконты» — 20 000 долл. к получению в течение 60 дней, а в графе «депозиты» — 20 000 долл. к выплате по требованию.

Но предположим, что я продаю эту же 1000 тонн чугуна по 40 долл. за тонну. Вы должны заплатить мне 40 000 долл. Я отношу ваше обязательство в банк и получаю заем и депозит в 40 000 долл. Количество чугуна осталось тем же. В самом товаре не произошло изменений. Он лежит на складе, или из него сделали печи, или выплавили сталь. Я передал вам титул или коносамент — товарную квитанцию, являющуюся требованием на 1000 тонн, и получил от вас обязательство, являющееся требованием на получение 20 000 долл. или 40 000 долл., в зависимости от обстоятельств, в законных деньгах в течение 60 дней. Банк гарантирует это обязательство, подтверждая, что эта цена — существующая цена, что она действует для нас в течение 60 дней, а также выдавая мне свое собственное обратное обещание заплатить эту цену по требованию. Такой «депозит» представляет собой ценовую квитанцию, пригодную для погашения долга в любом банке.

Суть в том, что товарная квитанция и ценовая квитанция движутся в разных направлениях, поскольку являются независимыми переменными на различных рынках. Если складская компания дает обещание выдать по требованию 1000 тонн реальной ценности в форме чугуна, размещен-

ного на складе, она получает и передает эти 1000 тонн независимо от того, изменилась ли номинальная ценность с 20 000 долл, до 40 000 долл, или, допустим, с 20 000 долл, до 10 000 долл. Но если банк обязуется выплатить *цену* этого чугуна по требованию, он делает это независимо от того, можно ли будет на эти 20 000 долл, приобрести в этот 60-дневный период 1000 тонн или уже только 500 тонн. Склад имеет дело с товарами независимо от изменений в их цене, а банк имеет дело с ценами, независимо от изменений в количестве товаров. Товарная квитанция является требованием на 1000 тонн чугуна, независимо от того, что цена этих 1000 тонн выросла, скажем, с 20 000 долл, до 40 000 долл. А ценовая квитанция является требованием, скажем, на 20 000 долл, независимо от того, можно ли будет за эти деньги купить 1000 тонн или только 500.

Товарная квитанция уместна на складе, заводе, ферме, поскольку она есть просто титул на владение, коносамент, складская расписка, абонемент в театр или на общественный транспорт — требование на *определенное количество* товаров или услуг; ценовая квитанция уместна в банке, поскольку она есть чек, выписанный на «банковский вклад» в одном из банков на *определенную цену* за товар или услугу. Действительная товарная квитанция уместна на своем специфическом товарном рынке; должным образом заверенная ценовая квитанция уместна на любом товарном и денежном рынке. Товарная квитанция следует за определенным товаром с каждой сменой владельца, независимо от изменения этого товара в цене; ценовая квитанция фиксирует цену этого товара в банке на определенный день, а затем обеспечивает обращение этой цены из банка в банк в течение от 30 до 90 дней, независимо от изменений в количестве того товара, которое может быть приобретено за эту фиксированную цену за данный период времени.

Именно здесь можно обнаружить общественное значение этого оборотного обещания, ценовой квитанции или банковского депозита. С двумя родами бизнеса (на товарном рынке и на денежном рынке) соотносятся два способа обогащения и получения прибыли. Первый заключатся в увеличении количества товаров или снижении их себестоимости при сохранении прежних цен; второй — в повышении цен без увеличения количества товаров. При первом способе происходит увеличение выпуска продукции, при втором — определенное его ограничение. Первый способ — это *производительный* метод получения прибыли посредством повышения благосостояния сообщества; второй способ — *спекулятивный* метод получения прибыли за счет других людей, которые не поднимают цены столь же быстро, а потому не могут соответствующим образом увеличивать свое реальное богатство.

Сами коммерческие банки не проводят четкого различия между общественной и частой позициями в силу двух причин: они заинтересованы как

в платежеспособности заемщиков, так и в сохранении собственных резервов законных денег, но не в повышении общего уровня цен. Иначе говоря, у банков нет общих правил публичной политики, которыми они могли бы руководствоваться. Выдавая кредит в 40 000 долл, производителю чугуна, когда *цена* за тонну поднимается с 20 до 40 долл., а цены покупателей также поднимаются, банк не идет на большой риск, точно так же, как и в случае, когда *количество* чугуна, продаваемого производителем, вырастает с 1000 до 2000 тонн при сохранении цены в 20 долл. В обоих случаях банк может без особого риска одолжить производителю 40 000 долл, и, соответственно, создать «новый кредит», что эквивалентно созданию «новых денег».

Однако в том, что касается последствий для общества, между этими способами создания новых денег имеется большое различие. Первый способ создает новые деньги, поскольку повышаются цены; второй способ создает их, поскольку увеличивается реальное богатство. Во втором случае банк фактически гарантирует обществу, что количество реального богатства удвоилось, а в первом случае гарантирует, что удвоилась только *цена* богатства. Это происходит, поскольку повышение деловым сообществом номинальных ценностей, т.е. цен, сопровождается приблизительно таким же повышением (в статьях «приход» и «расход» бухгалтерских книг) общего объема банковских займов и депозитов, т.е. ценовых квитанций. Это просто увеличение обязательств предпринимателей, ратифицированное увеличением обязательств банкиров.

Это — вторая причина, определяющая частную позицию банкира, а именно отношение его резервов законных денег к тому объему чеков, которые он обещает оплатить по требованию. Если бы речь шла об экономике бартера или металлических денег, то не было бы никакой (или почти никакой) эластичности в предложении товара, поставляемого производителем. Но банк работает не с товарами, а с обязательствами заплатить законными деньгами. И объем этих обязательств может быть столь велик, сколь велики риски, на которые банк готов пойти, — риски, связанные с наличием на руках такого количества законных денег, которого было бы достаточно для того, чтобы соответствовать потоку исходящих чеков, предъявляемых клиентами и другими банками, превышающему поток входящих чеков, выписываемых клиентами и другими банками. Если эти два потока приблизительно равны, то банк просто компенсирует в своих бухгалтерских записях одно обязательство за счет другого, и его совокупная платежеспособность остается стабильной.

Но если банк серьезно увеличил объем своих обязательств по требованию за счет того, что гарантировал возросший объем ценовых соглашений между предпринимателями, то объем исходящих чеков возрастает без соответствующего увеличения объема входящих чеков. И поскольку объем законных денег, составляющий резервы, которые

банк обязался выплатить по требованию, подобен объему других товаров в том, что может быть увеличен только путем приобретения или производства большего количества товаров, но никак не путем выпуска большего числа обязательств, то отношение законных денег к объему обязательств по требованию снижается, риски увеличиваются, и банк начинает воздерживаться от выпуска обязательств. С точки зрения банка, перед нами — процессы инфляции и дефляции. Инфляция — это рост депозитов сравнительно с банковскими резервами законного платежного средства, а дефляция — это уменьшение депозитов сравнительно с банковскими резервами.

Но с общественной точки зрения инфляция есть общий рост цен без соответствующего роста количества продукции, а дефляция — общее снижение цен без соответствующего снижения количества продукции.

Примирение этих двух точек зрения может быть достигнуто только принятием действующей нормы, которая стабилизировала бы общий уровень цен, так, чтобы ценовые квитанции, являющиеся требованиями на номинальные ценности, всегда были, насколько это возможно, требованиями на соответствующее количество реальных ценностей и чтобы банки не гарантировали сделки предпринимателей, получающих прибыль только от повышения цен (за которым следует общий коллапс), но гарантировали их только тогда, когда они получают прибыль за счет увеличения количества товаров и снижения их себестоимости, за чем следует общий рост благосостояния⁵⁷.

3.3. Гудвилл и привилегии

Всякое социальное отношение включает, насколько это относится к нашим текущим целям и задачам⁵⁸, по меньшей мере, три стороны, которые могут быть названы первой, второй и третьей стороной. Первая сторона — это «я». Вторая сторона — это противоположная сторона, скажем, должник, служащий, наемный рабочий, сторона сделки. Третья сторона — это тот, кто вмешивается в отношения между второй и первой стороной: нарушитель, конкурент, субъект вторжения.

Далее — сообразно нашим текущим целям и задачам⁵⁹: любое действие является либо позитивным, которое мы будем называть *исполне-*

⁵⁷ Практические детали обсуждаются в следующих работах: *Fisher I.* Purchasing Power of Money. 1911; *Stabilizing the Dollar.* 1920; *Cassel G.* The Nature and Necessity of Interest. 1903; *The Money Market and Foreign Exchange after 1914.* 1922; *The World's Monetary Problems.* 1921; *Hawtrey R.G.* Currency and Credit. 1919; *Monetary Reconstruction.* 1923; *Foster, Catchings.* Money. 1923.

⁵⁸ См. главу IV, раздел 1, с. 79 и далее.

⁵⁹ См. главу IV, раздел 2, с. 91.

нием, либо негативным («отказом» — негативным исполнением), которое мы будем называть *уклонением*.

Таким образом, обременение может быть как позитивным, так и негативным, т.е. как исполнением, так и уклонением; но и то и другое может именоваться обременением в собственном смысле слова, поскольку ограничивает поле свободы того, на кого наложено. Если обременение позитивно, т.е. является исполнением, это значит, что *противоположная* сторона должна исполнить некое позитивное действие: заплатить долг или подчиниться приказу начальника или работодателя. У нее нет выбора. Именно эту форму обременения мы определяем как обременение труда, или обременение инвестора, или как неимущественную собственность.

Если, однако, обременение негативно, т.е. является уклонением, то это значит, что в действиях ограничивается *третья сторона* (например, она не может вмешиваться, вторгаться или конкурировать), и соответственно, она должна обращать свою активность на что-то другое. Оба обременения так или иначе сокращают сферу свободного действия другой стороны. Обязанность исполнения позитивно отнимает нечто от сферы действия, которая уже контролируется второй стороной; обязанность уклонения требует, чтобы третья сторона выбирала, по мере возможности, другую сферу своего контроля.

Если речь идет о позитивном обременении, об отношении должника и кредитора, тогда обязанность исполнения, налагаемая на вторую сторону, подразумевает обязанность уклонения, наложенную на все третьи стороны. Таким образом, обременение двойственно: это обязанность исполнения, отнимающая нечто от свободы *второй стороны*, и обязанность уклонения, отнимающая нечто от свободы *третьей стороны*.

Итак, возможности отличаются от обременений тем, что вторая сторона — участник сделки в сфере действия сделки не обременена ни обязанностью исполнения, ни обязанностью уклонения. Она может быть (и является) обремененной в других аспектах рассматриваемого вопроса обязанностью уклонения. Она не может распространить свою свободу за пределы того, что считается допустимой хитростью или принуждением. Но в этих пределах она вольна торговаться, предлагать альтернативы, убеждать и принуждать, отказывать и уступать, не будучи связанной, как и первая сторона, обязанностями исполнения и уклонения. В сфере возможности отношение между первой и второй стороной — это отношение свободы, отсутствия обязанностей.

Но третья сторона — возможный нарушитель, или конкурент, обременена только обязанностью уклонения. До определенного момента она не должна вмешиваться в возможную сделку между первой и второй стороной: до этого момента она должна избегать физического вмешательства, или вторжения, и конкурентного вмешательства, или нарушения.

Ради краткости мы не будем подробно останавливаться на том, какую роль третьей стороны играют как в случае обременений, так и в случае возможностей. Обычно третьей стороны — это «неограниченный круг лиц», и этого обычно достаточно, чтобы принимать как должное негативное обременение (уклонение, неделание чего-либо), которое налагается на их свободу действия. Как правило, мы будем говорить о второй стороне как о *противоположной* стороне, поскольку обязанность уклонения налагается на третьей стороны ради сделки с противоположными сторонами. Следовательно, термины «обременение» и «возможность» будут, как правило, относиться только к сделкам между первой и второй сторонами. При таком ограничении (с тем, однако, условием, что третьей стороны всегда предполагаются как данность) обременение является позитивной обязанностью противоположной стороны, а возможность — отсутствием как позитивной обязанности исполнения, так и негативной обязанности уклонения.

Но третьей стороны не всегда могут быть приняты как должное. Индивиды возникают из «неограниченного круга лиц» в критические моменты как отдельные лица. Такова, например, та третья сторона (возможный конкурент), которая продает часть своей свободы конкуренции, продавая гудвилл своего бизнеса, или та, которой суд, защищая гудвилл или торговую марку первой стороны, запрещает обман или недобросовестную конкуренцию. В обоих случаях на них как на третью сторону налагается не общая, но более конкретная и ограниченная обязанность уклонения, берущая начало в законодательстве о гудвилле и привилегии.

Законодательство о гудвилле развивалось медленнее, чем законодательство об обременениях. Только в 1620 г. было вынесено первое судебное решение, подтверждавшее, что лицо может законным образом продать вместе со своим бизнесом свою свободу. Дело слушалось в Верховном суде общего права, а затем рассматривалось «всеми судьями и баронами Казначейства». То, что дело было спорным, демонстрирует особое мнение одного из судей. Решение по делу вызвало большой интерес и было отмечено всеми хроникерами того времени⁶⁰ — ведь оно узаконивало ограничение торговли при помощи общего права, в то самое время, когда шла яростная борьба с ограничениями торговли, которые налагал суверен, употребляя свою прерогативу.

Некий торговец продал свои запасы товаров по цене, превышавшей их инвентарную ценность, и, по условиям сделки, согласился впредь не конкурировать с бизнесом покупателя. Затем он нарушил свое обещание; покупатель подал судебный иск, требуя возместить ущерб, и выиграл процесс. До этого времени сделки, ограничивающие торговлю, практи-

⁶⁰ Jollyfe against Brode. 1620-1621. Cro. Jac. 596; Noy. 98; 2 Rolle. 201; Jones W. P. 13.

Ссылки на это дело — в деле портных из Эксетера: 3 Lev. 241. 1686.

чески всегда рассматривались как недействительные и даже противозаконные. Единственным зафиксированным делом подобного рода (когда английский судья даже опустился до сквернословия, вынося свое решение) было слушавшееся в 1417 г. дело красильщика⁶¹, который обязался в течение условленного времени не заниматься практикой в своем городе. Суд объявил обязательство недействительным и освободил красильщика от него. Таким образом, судебные решения с 1417 г. были однозначно направлены против ограничения торговли, пока в 1620 г. не был вынесен вышеназванный вердикт, заложивший основу современного законодательства о гудвилле.

Незадолго до того, как в 1620 г. было принято решение о том, что лицо может по закону продать часть своей свободы, в ходе другого процесса вспомнили о слушаниях 1580 г.⁶², протоколов которых не сохранилось. Решение по данному делу, как утверждалось в ходе этого более позднего процесса, состояло в том, что конкурент может быть по закону лишен, даже против его воли, части своей свободы конкуренции. По сообщениям, к 1580 г. некий портной «заработал прекрасную репутацию в своем ремесле, благодаря чему имел большие доходы; при этом он всегда ставил свою марку на изготовленную им одежду, чтобы все знали, кто был мастером». Тогда же «другой портной, осознав все это, стал ставить ту же марку на свою плохо сделанную одежду, для того чтобы ввести в обман покупателей». Портной начал процесс против конкурента, и решение было принято на основании судебного приказа о возмещении убытков по иску из нарушения владения, с тем чтобы предоставить истцу средство судебной защиты от ущерба, причиненного его бизнесу. Итак, в 1580 г. суд постановил, что «иск был законным». Эволюция этого типа исков упоминалась ранее в связи с законодательством о *принудительном исполнении договоров*⁶³; здесь мы обратим внимание на то, как из этого законодательства выделилось законодательство, регулирующее заключение сделки, право на свободу договоров. В этом последнем случае наблюдается постепенное и почти незаметное распространение законодательства с защиты физической собственности на защиту нематериальной собственности, возникшей в процессе развития рынков. Древний «судебный приказ о возмещении убытков» был формой иска в рамках общего права, иска, основанного на утверждении о совершении насилия в отношении тела истца или насильственного посягательства на его земли или движимое имущество. Затем термин «вред» был рас-

⁶¹ Year Book. 2 Hen. V. 1417. Fol. V. Pl. 26. Судья Халл сказал: «Черт возьми, если бы истец был здесь, он бы уже сидел в тюрьме, пока не заплатит штраф королю».

⁶² Poph. 144. 1618; ссылка на судебное решение по 22 Eliz. См.: *Wigmore. Select Cases on the Law of Torts*. Vol. I. P. 318.

⁶³ См. раздел 2 этой главы, с. 261.

ширен настолько, что стал подразумевать любой вид причинения вреда. В результате для судов общего права стало возможным по мере развития рынков распространить (начиная с парламентского акта 1285 г.⁶⁴ и заканчивая делом о торговой марке 1580 г.) деликтное право таким образом, что ущерб физической собственности стал ущербом бизнесу, насилие стало недобросовестной конкуренцией, а вторжение — вмешательством.

Итак, в 1580 и 1620 гг. были установлены два важнейших принципа законодательства о гудвилле: иск о возмещении убытков, причиненных нематериальной собственности, и разрешение добровольной продажи своей свободы наряду с продажей своего бизнеса. Знаменательно, что первое зафиксированное решение суда по поводу добровольного соглашения об ограничении торговли было вынесено непосредственно после знаменитых решений, отменивших как монополии, так и недобровольные ограничения торговли, установленные гильдиями в соответствии с патентами и хартиями, дарованными Короной. В деле о монополиях, которое мы уже упоминали, двумя из трех оснований, по которым королевский патент лорда Дарси был признан противоречащим общему праву, были поднятие цен на продукцию и снижение ее качества, поскольку, как постановил суд, обладатель патента был «неопытен в ремесле»; соответственно Дарси должен был передать изготовление карт опытным ремесленникам, так как сам он, «обладая монополией, думал только о личном обогащении, а не об общественном богатстве»⁶⁵.

Точно так же и в деле лондонских портных (1599) положение устава, требующее от членов гильдии делиться своими контрактами с другими членами, было сочтено монопольным по своему характеру и объявлено недействительным с точки зрения общего права, хотя устав был узаконен хартией, дарованной королем за много лет до этого⁶⁶.

Эти решения Суда королевской скамьи, направленные против королевской прерогативы, утвердили законодательство общего права против монополий и хартий, ограничивающих торговлю; при этом основанием для принятия этих решений отчасти было то обстоятельство, что власть подавляла народ, т.е. республику, «общее благо», которое король передавал, таким образом, в частные руки. После устранения этих привилегированных ограничений стало возможным расчистить пространство для навязывания таких непривилегированных ограничений, кото-

⁶⁴ См. с. 249,

⁶⁵ См. подробнее с. 249-250.

⁶⁶ Другой пункт устава Ипсвичских портных (II Co. 53b. 1615) был отменен на сходных основаниях, но все пункты, которые обеспечивали соблюдение «традиции», были объявлены законными. Определение было дано в деле *Mitchell v. Reynolds*.

рые не подавляют «общее благо». Хотя установленные цены могут быть даже выше, чем цены конкурента, тем не менее вопрос о том, получил ли клиент выгоду, соразмерную ценам, оставлялся на усмотрение самого клиента, при допущении того, что тот был свободен обратиться к кому-то еще в случае своей неудовлетворенности.

Почти через сто лет после судебного процесса по сделке 1620 г., в 1711 г.⁶⁷, судья Паркер сформулировал закон, касающийся добровольного ограничения торговли, сложившегося к тому моменту, и этот его вердикт стал признанным ориентиром для всех последующих судебных решений. Паркер провел различие между добровольными и принудительными ограничениями (последние всегда считались незаконными), а также между «общими» и «частными» ограничениями. Добровольные ограничения, т.е. ограничения по согласию сторон, не имеют силы, если они «общие» в том, что касается распространения, т.е. если они распространяются на все королевство; и это так, даже если выплачено возмещение за согласие отказаться от конкуренции⁶⁸. «Никто не должен заключать соглашение о полном прекращении своей деятельности..., поскольку общественные интересы требуют, чтобы никто не пребывал в бездельи». «Частные» ограничения — те, которые лимитированы местом или лицом, и они также недействительны без возмещения, но законны в случае, если «выплачена достойная и адекватная компенсация, которая делает договор надлежащим и полезным». Но «даже частное ограничение негодно, если для него нет справедливого обоснования, и за него не выплачивается справедливая компенсация». Хотя закон отдает предпочтение свободе, тем не менее человек может расстаться с частью своей свободы так же, как может расстаться с частью своей собственности, если он «сам согласился на это и получил должное возмещение». И если некто принял возмещение за свое обещание не вступать в конкуренцию, то суд должен принудить его к исполнению данного обязательства в определенных пределах.

Сам термин «гудвилл» впервые промелькнул в решении суда только в 1743 г., причем он использовался в качестве иллюстрации для совсем иного вопроса⁶⁹. В 1769 г. термин вновь был употреблен в ходе процесса

⁶⁷ Mitchell v. Reynolds. 1 P. Wms. 185-189. 1711.

⁶⁸ Позднее это ограничение было снято, и договор об отказе от конкуренции уже мог распространяться на территорию всей страны, если проданный бизнес также велся на всей территории. Однако остаются сомнения: может ли покупатель настаивать, чтобы продавец вообще ушел из своего бизнеса, при том, что это зависит от того, в какой степени суд готов сопротивляться тенденции к созданию монополий и поощрять безделье продавца. См.: *Nims. Unfair Competition*. 2nd ed. 1917. P. 38 ff.; 1 *Page. On Contracts*. 1905. 589 ff.; *Nordendfeldt v. Maxim-Nordenfeldt. Guns and Ammunitions Co. App. Cas.* 535. 1894.

⁶⁹ *Gibbet v. Read*. 9 Mod. 459. 1743. См. С. 297.

по авторскому праву судьей Йейтсом, который хотел показать на конкретном примере, что согласно нормам общего права авторское право не может считаться собственностью. Гудвилл, сказал судья, не является собственностью, поскольку покупатель «не обладает властью, позволяющей удерживать его при себе», так как клиенты могут уйти на следующий день, если того захотят. Более того, продавец не может «использовать какую-либо власть, чтобы *предотвратить* уход клиентуры к другим людям». В этом своем мнении судья Йейтс опирался на общеправовое понятие собственности как физических вещей, хотя большинство в этом конкретном случае имело иные взгляды на авторское право⁷⁰.

Только в начале XIX в. значение термина «гудвилл» было расширено и стало охватывать все виды экономической конкуренции, в связи с чем канцлер лорд Эдмон в 1803 г. впервые смог придать этому термину тот смысл, которым он обладает в более современном законодательстве о «добросовестной» и «недобросовестной» конкуренции. Лорд Эдмон, которого обычно обвиняли в том, что он ограничивал значение термина тем типом гудвилла, который можно определить как «гудвилл местоположения», признал два других типа, которые можно определить как «личный» гудвилл и гудвилл бизнеса, т.е. гудвилл действующего предприятия⁷¹. Как указал судья, гудвилл местоположения — это «всего лишь возможность того, что старые клиенты будут посещать старое место». В этом отношении гудвилл был лишь особым случаем земельной ценности, а получение дохода от выгодного местоположения не могло быть запрещено судом справедливости так, чтобы не вмешаться при этом в законное использование земли.

Но обман, или недобросовестная конкуренция, — это другой случай. Там, где имеет место добросовестная конкуренция, нет причинения вреда или ущерба. Смысл судебного запрета лорда Эдмона заключался не в том, чтобы воспрепятствовать «добросовестному развитию торговли, при котором происходит законное привлечение клиентов», но в том, чтобы не допустить его представления как деятельности заслуживающего доверия бизнеса, созданного другим⁷².

Но, в конце концов, гудвилл возникает как личный гудвилл. Он выстраивается усилиями индивидов. Индивид может продать свой гудвилл местоположения или гудвилл бизнеса, но его личный гудвилл может остаться с ним. Для того чтобы его продать, лицо должно согласиться продать свою будущую свободу. Конечно, то, что лицо при этом продает, это не физическая вещь, но рыночная возможность, которая при-

⁷⁰ См. с. 300.

⁷¹ Hogg v. Kirby. 8 Ves. 215 (1803); Crutwell v. Lye. 17 Ves. 335, 346. 1810.

⁷² 8 Ves. 1803.

носит определенный чистый доход, а для того чтобы сделка возымела силу, лицо должно отказаться от своей свободы совершать определенные действия, уменьшающие этот доход. Ясно, что «физическая» часть этой возможности — это всего лишь его клиенты, чьим расположением он пользуется и, как ожидается, будет продолжать пользоваться. Однако то, что лицо на самом деле продает, — это не его клиенты, а его свобода продавать товары своим покупателям. И покупатель гудвилла приобретает не товары, но исключительное право на свободу продавать определенные товары покупателям. Он действительно покупает нечто нематериальное. Он покупает право контролировать предложение товаров путем покупки ожидания того, что правительство ограничит деятельность конкурентов, если они попытаются предложить этот конкретный товар. Одно лишь владение землей, физическим капиталом или товарами не имеет значения для экономики бизнеса, если оно не сопровождается доступом на рынок, а доступ на рынок также ничего не значит без власти, позволяющей контролировать предложение и устанавливать цены на вещи, предлагаемые на рынке. Исторически, как мы уже отмечали, право доступа на товарный рынок возникло как специальная привилегия, даруемая торговцам, торговым и ремесленным гильдиям, ростовщикам и придворным фаворитам в форме патентов, хартий или других видов покровительства со стороны суверена. Эти специальные привилегии были упразднены не путем уничтожения привилегий как таковых, но посредством их универсализации — право было равным образом распространено на всех граждан (и, в конце концов, на основании отдельных договоров, также и на иностранцев).

Затем эта всеобщая привилегия превратилась во всеобщее, равное право доступа на рынки, личное право на экономическую свободу. Но как таковое оно лишено ценности, поскольку не предполагает защиты от свободной конкуренции. Только когда его стало возможно законным образом отделять от лица и продавать другим лицам, оно обрело ценность, которая могла бы составлять активы бизнеса.

Такое отделение гудвилла бизнеса от личного гудвилла началось с дела о торговой марке (1580) и легализации добровольного ограничения права на торговлю (1620). Теперь объектом владения и защиты со стороны закона стала одна лишь возможность прибыльных сделок, а основанием для этого стало ожидание, которое лицо может вполне обоснованно питать, если оно направляет свои усилия или свою собственность на то, чтобы предоставлять услуги, которые удовлетворяют тех, кто свободно приходит на рынок. Защищая эти взаимовыгодные ожидания и наделяя их свойством обращаемости, закон превращает не обладающее ценностью личное право в обладающее ценностью право собственности.

Таким образом, защита гудвилла — это не защита собственности на физические вещи, но защита власти, позволяющей контролировать предложение физических вещей вопреки ценовой открытости при неограниченной конкуренции. Поэтому отделение гудвилла бизнеса от личного гудвилла — это также отделение контроля над предложением вещей от владения вещами. Там, где физически ограничено само предложение вещей, такое разделение, в силу названного ограничения, не может быть произведено, и гудвилл бизнеса растворяется в формах специальной привилегии. Так, например, «гудвилл местоположения» — это особый случай земельной ценности. Лорд Элдон в 1810 г. определил его как «всего лишь возможность того, что старые клиенты будут посещать старое место»⁷³. Когда земля продана или когда землевладелец повышает арендную плату, тогда гудвилл бизнеса, в том, что касается названного аспекта, поглощается ценностью земли. Гудвилл придавал этому месту дополнительную ценность, и насколько этой дополнительной ценности, или ренте, дозволяется поглощать доход бизнеса, настолько гудвилл бизнеса поглощается привилегированной ценностью местоположения.

Все это могло происходить только на раннем этапе развития капитализма, когда доминировали мелкотоварное производство и розничная торговля. Когда промышленность переходит на стадию оптовой торговли, биржевых спекуляций, торгового и индустриального капитализма⁷⁴, тогда отделение гудвилла бизнеса могло происходить уже независимо от ситуации, а сам гудвилл распространился почти на все, что может быть приписано отношению публики или деятельности предприятия, способствующей успеху бизнеса. Комментируя замечание лорда Элдона касательно гудвилла местоположения, Верховный суд штата Висконсин в лице судьи Уинслоу заявил: «Привычка людей покупать у какого-то одного продавца или производителя, являющаяся основанием всякого ожидания, что покупки могут быть продолжены, может зависеть от множества вещей, помимо местоположения. ... Гудвилл — это нечто вроде проторенной дороги от продавца к покупателю, которая когда-то появилась и стала удобной для проезда после многих лет усилий и расходов на рекламу, навязывания услуг, рекомендаций коммивояжеров, выставок и демонстраций товаров (нередко при помощи знакомств с местными распространителями, которые пользуются доверием своих соседей) и т.п.»⁷⁵. Точно так же Верховный суд Соединенных Штатов мог заявить

⁷³ Crutwell v. Lye. 17 Ves. 335-346. 1810.

*

⁷⁴ Об этих последовательных этапах см.: *Commons J.R. The American Shoemakers — 1638-1895 — A Sketch of Industrial Evolution* 11 24 Quar. Jour. Econ. 1909. P. 39; репринт: *Labor and Administration*. 1913. P. 219; *Doc. History Amer. Industrial Society*. Vol. III.

⁷⁵ Rowell v. Rowell. 122 Wis. I. 17. 1904.

в 1877 г.: «Предположим, что этот последний получил известность в своей области и наделен всеми преимуществами этой известности; при этом не важно, происходят ли эти преимущества из большого спроса на его товар или из того, что публика готова заплатить за его изделия более высокую цену, чем за изделия других производителей, репутация которых не столь высока, как у этого промышленника». А судья Стори, делая понятие гудвилла еще более объемным, описывал его в 1841 г. как «преимущество или выгоду, которая приобретается за счет — помимо ценности акционерного капитала, фондов или собственности, в данном случае задействованной, общего благорасположения или поддержки со стороны публики в лице постоянных покупателей — в силу ли местоположения, или широкой известности, или профессиональной репутации, или влияния, или пунктуальности, или в силу других привходящих обстоятельств, или крайней необходимости, или даже в силу укоренившихся пристрастий или предрассудков»⁷⁶.

Конечно, судья Стори зашел слишком далеко, когда объявил «крайнюю необходимость» чего-либо для клиента одним из факторов гудвилла (если, конечно, под «крайней необходимостью» понимать отсутствие бесплатной альтернативы). На современном этапе развития промышленности, которая претерпела значительную эволюцию со времен судьи Стори, с появлением крупных корпораций, работающих в сфере коммунальных услуг и занимающих ограниченные и стратегические позиции при продаже своей продукции, гудвилл местоположения вновь приобрел значение и растворил гудвилл бизнеса в монопольной привилегии, а свободу клиентов — в их настоятельных потребностях. Когда в 1907 г. *Consolidated Gas Company of New York* заявила о своем праве устанавливать для своих клиентов более высокие тарифы, достаточные для получения процентов с «гудвилла и лицензии», судья Хок в Федеральном суде отклонил иск в части гудвилла на том основании, что компания фактически являлась монополией, а потому у потребителя не было никакого иного выбора, кроме как пользоваться ее услугами. Верховный суд утвердил это решение, заявив: «Истец фактически обладает монополией, и клиент должен получать газ у этой компании или обходиться без газа. Он возвращается к «старому месту», поскольку не может получить газ где-то еще»⁷⁷.

Так же и судья Верховного суда штата Мэн Сэвидж в деле водопроводной компании, которая оценила гудвилл клиентов как обладающий ценностью актив, заявил, что «нельзя говорить о гудвилле, когда нет выбора. Так как система ответчика “фактически единственная”, то в ней

⁷⁶ Story. 1841. P. 139.

⁷⁷ См. с. 284.

нельзя обнаружить элемент гудвилла»⁷⁸. Равным образом и суд штата Висконсин отказался рассматривать гудвилл в качестве актива в делах о монополиях, таких как водопроводные компании⁷⁹.

Судья Йейтс в деле об авторском праве, отрицая то, что гудвилл является собственностью, в некотором смысле указал на существенное свойство гудвилла. Владелец не имеет никакого права в отношении клиента. Скорее наоборот, владелец открыт свободе клиента, так как гудвилл является свободой клиента избирать альтернативу без несения каких-либо дополнительных расходов. Гудвилл — это не положительное право, как, например, право требовать возврат долга. Это «негативное» право, право уклонения, обращенное против третьих сторон.

Таким образом, гудвилл является побочным продуктом свободы, и его следует искать там, где имеется достаточная свобода. Первейший и самый совершенный инструмент экономической свободы — это деньги. Доллар — это набор возможностей выбора как между различными категориями товаров, так и между различными производителями одной и той же категории товаров. Деньги дают самую большую из известных человеку свобод, пусть даже она и ограничивается количеством денег и числом доступных альтернатив. По мере увеличения числа альтернатив благодаря расширению рынка и увеличению ассортимента продукции увеличивалась и свобода выбора, а владелец денег все дальше выходил за рамки принудительных альтернатив. Соответственно по мере того, как низшие классы начинали получать вознаграждение в деньгах, за все более короткие промежутки времени и без обязательств по их расходованию увеличивалась степень их экономической свободы, и их расположение надо было уже приобретать, в результате чего они поднялись буквально с уровня «подчиненных» до уровня «патронов».

Гудвилл — это благое действие, не обязательно добродетельная воля, любящая воля или сентиментальное благорасположение. Он есть воля, свободная выбирать что-то или не выбирать. Гудвилл — это собственность, а не любовь, симпатия или преданность. Но благое действие — это благое действие не для всех и всего, но только для каждого из двух лиц, желающих получать и платить цену, и, таким образом, получать взаимную выгоду, причем без внешнего принуждения. Гудвилл — это взаимность. Он является свидетельством не благого или дурного качества воли обеих сторон, но соглашения между противоположными волями. Он является «благим», поскольку преодолевает конкуренцию и приносит согласие: не в том смысле, что благи или дурны мотивы и намерения, но в том смысле, что гудвилл является «встречей воли» в действии. Это —

⁷⁸ Kennebeck Water Dist. v. Waterville. 97 Me. 185, 217. 1902.

⁷⁹ Appleton Water Works v. Railroad Com. 154 Wis. 121, 147. 1913; см. об этом главу V, с. 228.

встреча воль, которые не принуждаются к встрече, и она подразумевает не встречу метафизических «свободных воль», но свободных выборов, сделанных при определенных обстоятельствах, место встречи воль в пределах ограниченных ресурсов и альтернативных возможностей.

Следовательно, гудвилл приносит удовлетворение, но не потому, что является индивидуальным удовольствием, или субъективной полезностью из экономической теории, но потому, что он есть удовольствие от того, что вас убедили, а не принудили. Это — удовольствие экономической свободы, власти и богатства в противовес гнету экономической необходимости, бессилия и нищеты.

Гудвилл — это также социальная психология убеждения, подразумевающая право быть проинформированным перед тем, как сделать выбор. Никакой индивид, сколь бы свободен и могущественен он ни был, не выносит решений, опираясь только на собственную волю, без поддержки извне. Его право на свободу выбора — это его право быть проинформированным обо всех открытых перед ним альтернативах (поскольку незнание альтернатив есть отсутствие альтернатив), а его право на свободу — это право быть убеждаемым свободным словом, свободной прессой, свободной рекламой, свободным собранием. Чем сильнее индивид привязан к альтернативам, предлагаемым отдельным лицом, тем ближе он подходит к тому, чтобы стать частной собственностью этого лица. Это как раз то, что судья Филд определил как принудительный труд, отличный от рабства⁸⁰. Именно это отличает гудвилл от лояльности и обязанности. Раб лоялен к своему хозяину, если он преданно ему служит, но хозяин не полагается на его расположение, даже если намеревается дать ему вольную. Рабочий лоялен к своему нанимателю, если служит его интересам под страхом потери работы, но расположение рабочего — это его готовность продлить контракт после того, как он будет освобожден от своих обязательств. Лояльность — это обязанность и страх; гудвилл — свобода и надежда. Гудвилл в бизнесе — это свобода обратиться к кому-то еще. По мере того как число альтернатив уменьшается, уменьшается и гудвилл, вплоть до того, как с исчезновением альтернатив гудвилл растворяется в лояльности вассала или раба.

Поэтому гудвилл, будучи бизнес-активом и правом собственности, не ограничивается коммерческим гудвиллом — существует также производственный гудвилл, готовность наемных рабочих работать только на одного нанимателя, обращенная против нанимателей-конкурентов⁸¹. И что есть «хорошая репутация», как не расположение инвесторов? Бла-

⁸⁰ См. главу II, с. 21-22.

⁸¹ См. главу VIII, с. 318-319; *Commons J.R.* Industrial Goodwill. 1919. См. также важную статью; *Foreman C.J.* Economics and Profits of Good-will //13 Amer. Econ. Rev. 1923. P. 209.

гожелательный инвестор одалживает свои сбережения в большем объеме и под более низкий процент, так что расположение инвесторов — крупнейший актив бизнеса, без которого все остальные активы бесполезны.

Свобода — это, так сказать, общая собственность граждан; гудвилл — частная собственность определенного лица или предприятия. Свобода неограниченна в предложении, а потому не имеет ценности и является общей собственностью; гудвилл ограничен в предложении как ожидание дохода, а потому является частной собственностью, ценность которой определяется количеством ожидаемого дохода. Свобода — это общая собственность в том, что является неиспользованной альтернативой, всегда наличествующей в будущем, никогда не присваиваемой, исчезающей после использования. Гудвилл обладает прошлым, настоящим и будущим — историей прошлого исполнения, выборов, сделанных в прошлом, инвестиций, полученных в настоящем; кроме того, он обладает будущим ожидаемого дохода, рассчитанного и капитализированного, который может быть предметом сделки в настоящем. Свобода — это не имеющее ценности право выбора; гудвилл — это обладающее ценностью право выбирать постоянно. Поэтому защита свободы — это общее право заниматься любым бизнесом или профессией; это право вести бизнес или право на труд. Но защита гудвилла — это защита индивидуального права продолжать прежде начатый бизнес или уже выполняемую работу; это право продолжения бизнеса и продолжения работы.

Итак, гудвилл — это актив, но весьма непостоянный актив. Сохранить его можно только благодаря правильному поведению. Из всех видов собственности он требует наибольшего внимания. Хорошую репутацию могут погубить несколько мелких ошибок, если их вовремя не исправить. Британское законодательство о партнерстве произвольно капитализировало ожидаемый доход от гудвилла сообразно «размеру дохода за два года»; это капитализация по ставке 50%, в то время как ценные бумаги и земли автоматически капитализируются на рынке сообразно «размеру дохода за 20 лет», т.е. по ставке 5%. Гудвилл требует слишком больших усилий ума, квалификации и внимания к бизнесу. Неудивительно, что капиталисты стремятся конвертировать его в ценные бумаги, земли и монополии.

И действительно, из всех активов наибольшего доверия заслуживает именно гудвилл. Он продолжает существовать только в том случае, если предоставляет то, что считается равноценной услугой теми, кто это получает. Гудвилл — это единственное измеримое свидетельство того, что владелец богатеет сообразно своему вкладу в «общее благо», так как он оценивается только критерием добровольного поведения постоянной клиентуры, делающей свободный выбор. Поэтому гудвилл часто чтят за ту дань, которую порок платит добродетели, и поэтому владельцы мо-

VII. СОГЛАШЕНИЕ О ЦЕНЕ — КАПИТАЛИЗМ И МЕНОВАЯ ЦЕННОСТЬ

нополий и специальных привилегий, осуществляющие экономическое принуждение, маскируют свои сделки под именем гудвилла.

То, что гудвилл, будучи основной проблемой в правовых теориях ценности и главным активом в бизнесе, не нашел себе места в экономических теориях ценности, возможно, объясняется индивидуалистическим материализмом и гедонизмом этих теорий, которые пытались устранить волю как нечто непостоянное. Тем не менее гудвилл можно увидеть и ощутить — увидеть не в товарах, но в сделках бизнеса, и ощутить не в производстве и потреблении, но в доверии постоянных покупателей, инвесторов и наемных работников.

3.4. Авторское право и патенты

Переход от понятия физических вещей к понятию активов бизнеса не мог завершиться полностью, пока не произошел сдвиг в идее собственности — от владения физическими вещами к ожиданиям дохода от коммерческих сделок. Предшествующее исследование касалось преимущественно инструментов, приспособленных для защиты этой собственности, но не самой вещи, материи, лежащей в основании собственности. Английские суды XVIII в. столкнулись со значительными трудностями, когда им было нужно совершить этот переход — от собственности в смысле владения физическими вещами к собственности в смысле владения такой невидимой вещью, как ожидаемые доходы, которые должны быть получены из прибыльных сделок с другими людьми.

В 1743 г. возникла проблема передачи части имущества, которая была представлена долей в доходе от некорпоративного бизнеса. Канцлер лорд Хардвик заявил, что «весьма трудно определить различные по природе виды собственности, но собственность всегда может тем не менее быть передана наследникам... Все вещи данного рода должны рассматриваться в соответствии с известной природой сделки и согласно тому способу, как стороны понимают эти вопросы и выносят по ним решения. .. Будет ложью и обманом по отношению к сторонам, если этот суд будет рассматривать вещи не так, как их рассматривают те, кто покупает вещи такого рода. ... Было много случаев, когда у завещателя не оставалось никакой собственности, вложенной в бизнес или используемой для его продолжения, и тем не менее душеприказчик отчитывался о доходах с бизнеса, как о личном имуществе завещателя. Речь шла, например, о физических⁸² секретах или рецептах лекарств, которые будут изготавливаться из материалов, приобретенных после смерти завещателя, но и тогда рецепт изготовления лекарства является личной собственностью завещателя... Предположим, завещаемый дом — известный торговый

⁸² В смысле — медицинских, физиологических.

дом; в этом случае он должен оцениваться в согласии с тем, что именуется гудвиллом этого дома»⁸³.

Эти рассуждения показывают, что в середине XVIII в. ожидание доходов, отличное и отделимое от владения материальными вещами, было приравнено к понятию собственности в аспектах исключительного владения для собственного употребления, возможности продажи, покупки и передачи наследникам. Гудвилл, основание которому, как мы видели, было положено судебными решениями 1580 и 1620 гг., первый раз был упомянут под этим именем на процессе 1743 г., но только затем, чтобы предоставить пример определенного вида собственности. Только с 1803 г. юридическое понятие гудвилла начало самостоятельную эволюцию. Однако реально существующая, но нематериальная вещь, лежащая в основании гудвилла, и особенно сложный и даже предательский поступок, который был совершен при переносе значения собственности с физических вещей на ожидание дохода, лучше всего видны в делах об авторском праве, которые слушались в 1774 г.⁸⁴ Эти дела стали ключевыми моментами в эволюции от примитивного понимания собственности в общем праве к современному ее пониманию в коммерческом праве и потому заслуживают особого внимания.

В 1769 г. в Верховном суде общего права слушалось дело *Millar v. Taylor*. Вопрос, рассматривавшийся судом, заключался в следующем: обладают ли, согласно общему праву, автор и его наследники бессрочным и исключительным правом на публикацию сочинений, подобным тому бессрочному и исключительному праву использования и продажи материальных вещей и продуктов, произведенных при посредстве этих вещей, которыми обладает владелец материальной собственности, его наследники и преемники. Статут об авторском праве королевы Анны⁸⁵, принятый в 1709 г. в рамках употребления королевской прерогативы, наделил всех авторов, подпадавших под действие этого акта, подобной исключительной привилегией на срок в 28 лет. Однако в 1769 г. выяснилось, что книга, изданная 42 года назад, *не была зарегистрирована* согласно Статуту об авторском праве. Следовательно, вопрос заключался в том, могут ли на основании *общего права* законные наследники автора через сорок с лишним лет после первого издания подать «иск о возмещении убытков» против издателя, неправомерно опубликовавшего эту книгу.

Мнения Суда королевской скамьи, Верховного суда общего права, по этому вопросу разделились. Большинство поддержало лорда Мэнсфилда,

⁸³ Gibblett v. Read. 9 Mod. 459. 1743.

⁸⁴ *Millar v. Taylor*. 4 Burr. 2303. 1769; *Donaldson v. Beckett*. 4 Burr. 2408, 2 Bro. R. C. 129. 1774.

⁸⁵ 8 Anne, c. 19.

который дошел до предельной возможной крайности в отождествлении права на исключительное тиражирование и продажу копий рукописи с правом на исключительное владение и продажу физических вещей и производных от них продуктов. Если бы его мнение и мнение большинства возобладали в Палате лордов, то авторское право стало бы бессрочной собственностью автора, его наследников и преемников, подобно праву собственности на физические объекты. Мэнсфилд явно предполагал такой исход, когда утверждал, что «право на копию в этом узком смысле (т.е. как право в рамках общего права) может передаваться из поколения в поколение и, возможно, вечно» (2397.) Это, однако, вызвало решительные возражения судьи Йейтса, единственного несогласного судьи, который заявил, что «такое притязание на вечную монополию никоим образом не гарантируется общими принципами собственности» (2367).

Однако точка зрения Мэнсфилда господствовала недолго, причем проблема заключалась не столько в самой его логике, сколько в возможных выводах. Через пять лет дело стало рассматриваться в Палате лордов⁸⁶, и этот высочайший суд (несмотря на то, что большинство соглашалось с Мэнсфилдом в том, что общее право наделяет авторское право бессрочностью) весьма разумно заключил, что Статут об авторском праве 1709 г. должен, согласно своему смыслу, восприниматься как отменяющий общее право и замещающий его исключительной привилегией на период лишь в 28 лет (как раз именно это Мэнсфилд категорически отрицал) (2406).

Таким образом, в ходе этих слушаний в рамках общего права едва не осуществилось — за счет одного только расширения понятия собственности — придание атрибута бессрочности тому принципу ограничения торговли, начало которому было положено делом о продаже гудвилла в 1620 г. и делом о торговой марке 1580 г. В делах о гудвилле ограничение торговли по самой природе вещей могло распространяться только на срок жизни торговца или портного или на срок существования их действующего бизнеса. Но в данном случае право на установление ограничений передавалось бы наследникам и преемникам автора бессрочно, точно так же, как бессрочно передается право собственности на землю или другие физические вещи. Возможно, имея в виду подобные последствия, Томас Джефферсон заявил в 1788 г.: «Я считаю очень важным, чтобы в Америке было запрещено цитировать в судах все те решения, которые принимались в Англии начиная со вступления в должность лорда Мэнсфилда, поскольку, хотя многие из этих решений и были правильными, значительная их часть отравлена ядом коварства, и поэтому лучше все эти решения запретить разом»⁸⁷. Мнение судьи Йейтса, кото-

⁸⁶ *Donaldson v. Beckett*. 2 Bro. P.C. 129. 4 Burr. 2408. 1774.

⁸⁷ *Jefferson's Works*. Vol. 2. P. 487.

рый не согласился с Мэнсфилдом в деле об авторском праве, было впоследствии в 1834 г. поддержано Верховным судом Соединенных Штатов как демонстрирующее «компетентность, возможно, и равную иной, но не превзойденную ею»⁸⁸. Так мнение Джефферсона о методе аргументации по аналогии, который применялся Мэнсфилдом, стало официальным мнением Верховного суда США.

То, к чему Мэнсфилд апеллировал прежде всего, было чувство справедливости, и здесь он использовал теорию Джона Локка, впервые представленную в 1695 г. и воспроизведенную в 1776 г. Адамом Смитом⁸⁹, согласно которой источником права собственности является не воля суверена, но естественное право лица на свой собственный труд и на плоды своего труда. И не из древних обычаев происходит право собственности, но лишь из чувства справедливости. «Итак, — задавал вопрос Мэнсфилд, — из какого источника проистекает общее право?.. Именно из *этого* аргумента, раз *справедливо*, чтобы автор получал денежный доход от собственной одаренности и труда... Уместно, чтобы он решал, когда публиковаться и публиковаться ли вообще. Уместно, чтобы он выбирал не только время публикации, но и характер публикации: каков будет тираж, какая печать (2398). Все это, в конце концов, можно сформулировать так: «Согласуется ли с началами природы, моралью и справедливостью сохранение за автором права на его труд после публикации, как и до нее» (2399)... В этом королевстве всегда, на протяжении столетий единодушным ответом на этот вопрос было «да»» (2399).

Точно так же и судья Йейтс опирался в большей степени на это чувство уместности, чем на логику, когда выражал свое несогласие с лордом Мэнсфилдом, и это несогласие выразилось прежде всего в его определении собственности. Физические вещи, земли и движимое имущество, либо вечны, либо существуют столько, сколько позволяет их физическая структура; собственность на них передается из рук в руки, доходит до потомков в бесконечной последовательности собственников. Иначе обстоит дело с нематериальными вещами, право на которые предлагается сделать бессрочным. «Гудвилл магазина или пивной, — говорил Йейтс, — равно как дорожная клиентура (как ее называют перевозчики), постоянно становятся предметами коммерческих договоров и продаются, *как если бы* они являлись собственностью. Но что это такое? Не более чем расположение клиентов, которые могут отказаться от него буквально на следующий день, если захотят. Покупатель этой клиентуры или гудвилла не получает вместе с ними никакой конкретной собственности; он не обладает властью, позволяющей удержать их при себе, и не может

⁸⁸ Wheaton v. Peters. 8 Pet. 593, 655. 1834.

⁸⁹ Locke J. Two Treatises of Government. Works. 11th ed. 1812. Vol. 5. P. 354, 421.

использовать какую-либо власть, чтобы предотвратить уход клиентов к другим. Это — некое преимущество... так как дает приобретателю некий *приоритет* в том, что касается взаимоотношения с клиентами. То же самое и в случае публикации книги: она дает *приоритет* и доставляет *первых клиентов*. Но ни один из этих случаев не может учредить абсолютную, бессрочную и исключительную собственность» (2369). «Один только факт пользования, — продолжает Йейтс, — сам по себе не является правом... Никакое пользование не может быть частью права или обладать силой некоего, не являющегося древним, обычая» (2368).

Такие различия между Мэнсфилдом и Йейтсом в понимании «уместности» породили различие не только в толковании ими общего права, но и в толковании прерогативы.

Однако оба они были согласны в том, что расширение области действия прерогативы (со времени Генриха VIII до конца династии Стюартов) не может быть использовано как прецедент для оправдания расширения понятия собственности с физических вещей на ожидаемые доходы. Монархи того периода даровали статус гильдии Издательской компании, получившей исключительное право на публикацию книг, зарегистрированных в этой компании, и значительную власть для поиска и ареста незаконно напечатанных книг. Однако Мэнсфилд настаивал на том, что практика компании основывалась на понятии частной собственности на «копию», которую он исходя из этого установленного порядка определял как «исключительное право на публикацию любого интеллектуального продукта». Таким образом, Мэнсфилд придавал термину «копия» именно тот смысл, который, по мнению Йейтса, ему придавать было нельзя в силу «двусмысленности термина “собственность”, который иногда означает право лица, а иногда — сам объект» (2362). Эти исключительные привилегии Издательской компании, основанные на королевской прерогативе, как прямо утверждал Йейтс, на самом деле представляли собой отрицание права собственности за теми авторами или их наследниками, которые не являлись членами компании (2377).

Однако Мэнсфилд основывал право собственности на «копию» не только на употреблении королевской прерогативы Издательской компанией (которая, по его собственному признанию, приносила вред, почему и была распущена революцией 1689 г.), но прежде всего на аналогии, которая превращала *прерогативу* в *частную* собственность короля. Король обладал исключительным правом на публикацию английской Библии, статуты, судебных ежегодников, молитвенника, поскольку он оплачивал эти издания из своего кармана (2403, 2405). И если использовать аналогию, «все то, что общее право говорит о собственности в случае короля, может быть, по моему убеждению, перенесено и на прочих авторов» (2406). Таким образом, уже не королевская прерогатива,

но частная собственность короля давала ему исключительное право печатать эти привилегированные книги, и то же касается не зависящего от прерогативы права автора или его наследника (2402). На это Йейтс отвечал, что данное право короля опирается не на «собственность», но на то, что в современной Америке назвали бы *регулирующей властью* «главы Церкви и государства», «основанной на соображениях религиозных или государственных» (2382-2383). «Король получает это право не благодаря труду, или сочинительству, или чему-то другому, что имеет место в случае авторов».

Все судьи были согласны в том, что «собственность на литературное произведение является следствием не самовольной власти, но закона и справедливости, а потому должна быть защищена» (2314), но Йейтс утверждал, что права на такую собственность нельзя обнаружить ни в *общем праве*, ни в расширенном *общеправовом* определении собственности; оно обнаруживается только в Статуте об авторском праве 1709 г., который представлял собой употребление *прерогативы* в ее расширенной форме верховной власти, ограничивавшей срок действия дара периодом, более или менее соответствовавшим предположительному сроку жизни автора. Короче говоря, согласно Йейтсу судебная власть не должна создавать такое право собственности путем расширения *общеправового* понятия собственности, а решение вопроса об авторском праве следует передать законодательной власти, употребляющей королевскую прерогативу.

Но ни судья Йейтс, ни судейское большинство не были вполне уверены, чем является та вещь, на которую теперь заявляли право бессрочного владения. Мэнсфилд и большинство, похоже, считали, что речь идет об *идеях*, Йейтс говорил всего лишь о *рукописях*. Впоследствии понадобились другие решения, чтобы понять, что предмет, на который было заявлено право собственности, является всего лишь *ожидаемым поведением* других людей, которое достигается через ожидаемое ограничение конкуренции и контроль над предложением книги.

Мэнсфилд говорил об «идеях разума, или формах мышления» и о «собственности на мысль», как если бы тем объектом, на который автор может заявить исключительное право владения, были его собственные идеи, его «формы выражения», «плоды интеллектуального труда», которые он может представить публике или сохранить для себя. И если автор представляет их публике, т.е. «сообщает их письменно» или продает в виде книги, он не передает другим никакого права собственности на эти *идеи* и не обращает их в «общественную собственность», если только сам этого не захочет. Автор сохраняет за собой право контролировать правильность изложения своих идей, препятствовать каким-либо добавлениям, вносить исправления и улучшения, а также препятствовать дальнейшей публикации, равно как и в случае использования собственного имени (2398).

На это Йейтс отвечал, что такие владение, удержание и продажа *идей* лишь весьма отдаленно напоминают владение, удержание и продажу *физической собственности* и что понятие собственности в общем праве включает в себя только физическую собственность. В случае автора физической собственностью является только *рукопись* — такой тип собственности, который, как и всякая другая физическая собственность, может приобретаться трудом. Но «идеи» и «мысли» имеют нематериальное происхождение и потому не могут, в отличие от рукописи, удерживаться для собственного употребления. «Изобретение и труд, — говорил Йейтс, — которые числятся среди способов приобретения особой собственности, пребывающей в самом субъекте, это тот род изобретения и труда, который известен под названием “занятие”»⁹⁰. В данном отношении, продолжает Йейтс, «изобретение есть определение и открытие ничейной собственности, а труд позволяет завладеть ею и улучшать ее. Собственность основывается на “занятии”. Но как можно завладеть или подтвердить акт “занятия” в отношении того, что является не более чем идеями разума?.. “Занятие” самой *мысли*, безусловно, было бы совершенно новым типом “занятия”» (2357).

Используя эти примитивные понятия, судья Йейтс признал только три вида собственности — недвижимость, движимость и долги (2384), различающиеся как «вещественная» и «невещественная» собственность. Но та новая собственность, которую мы теперь определяем как «нематериальную», т.е. собственность на право продавать и контролировать предложение проданных вещей, право, которое Мэнсфилд определил как «исключительное право на публикацию плодов умственного труда», не подпадает ни под один из трех названных видов. Эта собственность была неизвестна общему праву, поскольку она, безусловно, не заключалась ни в исключительном держании для себя земель, товаров или услуг, ни в возможности обеспечить исполнение договора, но пребывала в сфере рыночных возможностей и контроля предложения, свободных от конкуренции. В этом случае единственной «собственностью», которая соответствовала этому примитивному представлению, была *рукопись*. Рукопись, безусловно, являлась видом «недвижимого имущества»: она «вещественная», представляет собой «видимую субстанцию», и ею «можно реально владеть». Но «чистые идеи разума» «не могут быть объектом особого отдельного владения».

«Неопубликованная авторская рукопись, — говорил Йейтс, — несомненно, входит в этот класс собственности, поскольку она вещественна;

⁹⁰ «Занятие — это завладение вещами, которые прежде никому не принадлежали. Это... подлинное основание и опора всякой собственности, т.е. обособленного держания тех вещей, которые по закону природы, не имеющему аналога в законах общества, были общими для всего человечества». См.: 2 Bla. Сот. 258.

но после ее публикации чистые идеи разума совершенно невещественны, следовательно, они не могут быть объектом особого отдельного владения: ими нельзя завладеть, их нельзя конфисковать, ими нельзя обладать» (2385). Идеи стали достоянием всего мира, все титулы на них недействительны, они «оставлены» и могут быть «подхвачены», однако никто не может «занять» их для исключительного использования. Но «ничто не может быть объектом собственности, не являясь при этом объектом исключительного и особого использования» (2362).

Именно это различие между *рукописью* и *публикацией* рукописи дает ключ к пониманию того, что впоследствии стало правовой нормой не только для авторского, но и для патентного права, для ноу-хау и вообще для любого коммерческого действующего предприятия. Позднейшие судебные решения по авторскому праву обратились к моменту, в который происходит публикация: однако граница проводилась не между физической *рукописью* и *внешним выражением идей*, на чем настаивал Йейтс, но между *группами лиц*, с которыми имеет дело автор. Согласно этим решениям «публикация» обозначает «действия автора, которые свидетельствуют о передаче произведения публике». Но «публика» — это «публика вообще», а не те люди, которые связаны тем, что мы описали как внутреннее отношение «экономики» (например, отношениями дружбы, сотрудничества, наемного труда или частной жизни). Акт, который свидетельствует о «передаче произведения публике», заключается в том, что произведение переносится из той области, где воля автора является Определяющим фактором, в область, которую мы описали как «расширение», где другие лица, «публика вообще», могут свободно осуществлять свою собственную волю. Типография может печатать книгу, но у нее нет права на публикацию (во всяком случае, если оно прежде не оговорено), поскольку автор или его представители могут забрать тираж себе и не «обнародовать» его (т.е. не предъявлять его публике). Если автор дает свою рукопись на прочтение другу с условием возврата, он не передает ее публике, и публикация этой рукописи может быть запрещена в судебном порядке. Также может существовать «ограниченная публикация», или «ограниченное или частное сообщение о содержании рукописи» на условиях, явно или неявно «исключающих передачу публике». Так, прочитанная устно лекция не считается «опубликованной». Даже напечатанная книга, переданная подписчику для личного пользования, а не для публичного распространения, не может считаться опубликованной⁹¹. Вокруг этого различия вырос огромный бизнес, включающий лицензии ассоциированных новостных агентств, использование биржевых и рыночных отчетов, использование структур бизнес-прогнозирования,

⁹¹ 6 R.C.L. 1134; см. также цитированные там дела.

причем все таковое относится к той нематериальной собственности, которая является более важной и ценной, чем лежащая в ее основе физическая собственность.

Подобный принцип был разработан также в рамках законодательства о патентах и ноу-хау. Засекреченное ноу-хау или изобретение, которое неизвестно публике и не запатентовано, остается, согласно общему праву, исключительной собственностью изобретателя, и эта тайна не может быть похищена у него обманным путем, передана другим и использована ими с нарушением конфиденциальности. Но «если изобретатель позволяет своему изобретению перейти определенные законом пределы его исключительного владения, то его право на данное изобретение прекращается и оно становится достоянием всего человечества»⁹².

Иначе говоря, старое различие между *владением физической собственностью* и *свободой договора* теперь стало различием между поведением тех лиц, которые подчиняются приказаниям и повинуются, и поведением тех лиц, которые подчиняются только убеждению или принуждению. «Экономика» — это исключительное владение для собственного пользования в соответствии с волей владельца, но та вещь, которой в данном случае владеют для собственного пользования, — это не физическая вещь, рукопись или даже напечатанная книга и не физические объекты, воплощающие в себе изобретение, но поведение лиц, по отношению к которым владелец сохраняет возможность отдавать приказания и заставлять подчиняться, поскольку эти лица являются его наемными работниками, служащими, друзьями, которые обязаны подчиняться его приказаниям при использовании рукописей, книг или ноу-хау. С другой стороны, «расширение» относится к поведению неограниченного круга лиц, сторонних лиц, которые обладают свободой выбора возможностей или употребления экономической власти, а это сфера убеждения или принуждения.

⁹² Robinson VLS. Law of Patents. 1890. Sec. 24-40.

VIII. *Соглашение о заработной плате — индустриализм*

1. ИНДИВИДУАЛЬНОЕ СОГЛАШЕНИЕ

Мы уже видели, что в делах о скотобойнях судейское меньшинство определило «призвание», «занятие», «профессию» и «труд» человека как его собственность наравне с физическими вещами, которыми он может владеть; а его право выбирать занятие или профессию, т.е. выбирать направление, в котором он мог бы употреблять свой труд, было определено судом как часть его свободы. Основание для определения труда как собственности было обнаружено не в ранних решениях судов, но у Адама Смита, утверждавшего, что «труд является собственностью каждого человека, как первичная основа всякой другой собственности, а потому он есть вещь наиболее священная и неприкосновенная»¹. А основание для введения права выбора призвания, т.е. права «жить и работать где угодно», было найдено в интерпретации Коуком и юристами Республики баронских «свобод» из Великой Хартии вольностей. Одной из «свобод» баронов была привилегия сохранять у себя земли и прикрепленных к этой земле крестьян вопреки воле главного землевладельца — короля. Таким образом, расширение смысла терминов «свобода» и «собственность», используемых в Конституции (от физической свободы и собственности к экономической свободе и собственности), стало отражением — в умах судей — коммерческой революции, которая последовала за расширением рынков и политической революцией, освободившей рабов.

В этом новом определении труда как собственности и свободы самого работника не вполне ясно, что имеется в виду под «трудом». Очевидно, что труд — это не физическое тело работника. Конечно, в определенном, несовершенном смысле тело работника — его собственность, так как оно было собственностью рабовладельца или родителей, а затем перешло (на основании выкупа, отчуждения или взросления) в собственность самого работника. Но так как он не может законным образом передать титул на свое тело, он не может продать его, и соответственно оно не имеет меновой ценности в качестве актива бизнеса. Его владение телом несовершенно, поскольку он имеет право использовать тело, но не имеет права продать его.

¹ *Smith A. Wealth of Nations. Book I. Chap. X. Pt. II.*

Но он также не может продать и использование своего тела. Использование тела — это движения мускулов, которые употребляются самим человеком ради достижения целей, которые он сам устанавливает. Употребляемые таким образом движения — это «физические, умственные и управленческие» способности, применяющиеся для приведения в движение людей и лиц. Они — «труд» человека. Когда он продает свой труд, он продает свое желание употребить свои способности для достижения целей, которые указывают ему другие. Он продает свое обещание подчиняться приказам. Он продает свой гудвилл.

Но даже это обещание не имеет меновой ценности. Когда предприниматель продает свой гудвилл, он обещает отойти в сторону и отказаться от конкуренции. Его гудвилл — это отделимый актив, прилагающийся к его действующему бизнесу и передаваемый другому. Точно так же, когда трудящийся продает физический *продукт* своего труда, он продает обещание отойти в сторону и не употреблять свою волю в отношении продукта. Но когда он продает свой труд, он продает обещание оставаться вместе со своим трудом на рабочем месте. Обычно это обещание лишено ценности: не потому, что трудящийся может покинуть рабочее место, но потому, что действующее законодательство не может принудить его к исполнению данного обещания. Раньше слуга, наемный работник, подмастерье, батрак и, возможно, даже раб продавали свое обещание работать, и закон принуждал их к исполнению этого обещания, наказывая как беглецов или позволяя покупателю самостоятельно наказывать их за неподчинение. Тогда обещание трудящегося было законодательно обеспеченным договором, юридически закрепленной обязанностью работать. Но Тринадцатая поправка к Конституции запрещает принудительный труд любого рода, за исключением случаев наказания за преступления, которое налагается в результате судебного разбирательства². Теперь трудящийся может по закону изменить свое намерение, не неся телесного наказания. А изменить намерение — значит нарушить обещание.

Но если тело трудящегося уже не может служить обеспечением его обещания работать, то его отделимые активы (инструменты, жилище, мебель, скот) являются той страховкой, которая может быть выплачена в качестве компенсации за убытки. Впрочем, за последние восемьдесят лет было принято несколько законов, запрещающих арестовывать даже эти активы, и потому сейчас не существует практически никаких средств судебной защиты, позволяющих компенсировать убытки, причиненные нарушением рабочим трудового договора³.

Так как свободный работник нанимается по своей воле, ничто не обязывает нанимателя держать его у себя и ничто не обязывает работника

² *Clyatt v. U.S.* 197 U.S. 207, 218. 1904.

³ Cp.: *Commons, Andrews. Principles of Labor Legislation.* 1920. Chap. II.

продолжать работу. При обычных обстоятельствах невозможно запретить работнику уйти⁴, равно как нельзя запретить нанимателю уволить работника. И, при обычных обстоятельствах, ни тот, ни другой не претерпевает ущерб из-за отказа от выполнения своих обязательств. Следовательно, трудовой договор — это не договор, но постоянное неявное *возобновление* договоренностей, происходящее каждый час и каждую минуту, основанное на том, что наниматель считает работу удовлетворительной, а работник считает удовлетворительными условия и оплату труда. Как хорошо заметил один из авторов «Yale Law Journal»⁵, «действительно, часто говорят, что если А нанялся на работу к В, то их отношения — это отношения трудового договора. Но на самом деле между ними нередко вообще нет никакого действительного договора, или, самое большее, договор поденный или понедельный. Ни одна из сторон не связана договором на последующие дни, и, следовательно, никакое третье лицо не может склонить их к его нарушению... Несмотря на тот факт, что, возможно, между А и В нет никаких договорных отношений, некоторые суды склонны толковать их именно в этом ключе. Несомненно, здесь сыграло свою роль происхождение исков подобного рода. Изначально здесь подразумевалось противоправное действие в виде подстрекательства А, в результате которого А переставал работать на В. Хотя эта теория подстрекательства теперь опровергнута, некоторые ее пережитки все еще сохраняются в умах судей». Следовательно, отношение между этими двумя сторонами не является отношением права и обязанности: нет ни права работника на конкретную работу и соответствующей обязанности нанимателя держать его, ни права нанимателя принуждать работника оставаться на работе и соответствующей обязанности работника оставаться. Отношение между этими двумя сторонами — это отношения свободы и незащищенности: свободы работника уйти и соответствующей незащищенности нанимателя от ущерба, наносимого ему возможным осуществлением этой свободы, а также взаимнообусловленной свободы нанимателя уволить работника и соответствующей незащищенности работника от ущерба возможной безработицы.

Это отношение не является, таким образом, положительным обременением свободы обеих сторон, которое, как мы видели, есть «невещественная собственность»; оно есть отношение возможности продавать и покупать, которую мы определили как «нематериальную собственность». Трудовой договор — это не договор, это постоянное возобновление договора в каждый следующий момент, обусловленное тем простым

⁴ Arthur v. Oakes. 63 Fed. 310. 1899.

⁵ Yale Law Journal. 1921. P. 618-619.

фактом, что рабочий остается на работе, а наниматель получает произведенный им продукт. Такое отношение, как мы видели, есть отношение не обременения, но возможности, будь то гудвилл или привилегия. Это гудвилл, если альтернатива, доступная каждой из сторон, считается хорошей, и это привилегия, если считается, что альтернативы нет или что наилучшая альтернатива является обременительной.

Поэтому когда утверждают, что «труд» является собственностью, то под этим подразумевается, что работник владеет ожиданием, которое зависит от гудвилла его нанимателя. Он не владеет своей работой — его наниматель не обязан держать его, но он владеет свободой вести постоянные переговоры со своим нанимателем, чтобы оставаться на работе благодаря своей способности постоянно оказывать те услуги, которые наниматель постоянно принимает, обновляя тем самым, как подразумевается, трудовой договор.

Таким образом, договор, заключаемый работником при приеме на работу, не является договором: это обычай, привычка, традиция, взаимопонимание между двумя сторонами, такое, что в любой точке непрерывного потока неявного возобновления договора условия возобновления соответствуют тому, что подразумевалось, но при отсутствии обязательств обеих сторон возобновлять и соответствовать. Работник, таким образом, постоянно пребывает на рынке труда, даже когда он трудится на своем рабочем месте: он одновременно производит и ведет переговоры, и эти аспекты его деятельности неотделимы друг от друга. Его переговоры — это акт производства чего-либо для нанимателя, а производство чего-либо приемлемого для нанимателя — это его метод ведения переговоров.

Эти переговоры, таким образом, представляют собой непрерывный выбор возможностей. Хорошо известно, что в трудные времена, когда рабочих мест мало, работник трудится энергичнее, чем в хорошие времена, когда много альтернативных рабочих мест. В хорошие времена, когда работников мало сравнительно с числом рабочих мест, работники получают преимущество в силу того, что наниматель лишен возможности нанимать альтернативных работников, и требуют платить больше за меньший объем работы. И *vice versa* (наоборот). И работник, и наниматель постоянно пребывают на рынке труда. Работа — это действующий бизнес работника, состоящий из его постоянных сделок по предложению продукта в обмен на возмещение и из непрерывного выбора между альтернативными возможностями. Кроме того, рабочие места — это часть действующего бизнеса нанимателя, состоящего, с его стороны, из идентичных сделок. Следовательно, если труд работника — это его собственность, то он равным образом является и собственностью его нанимателя, поскольку в обоих случаях он есть ожидание взаимных

прибыльных сделок, которое образует гудвилл или привилегию в соответствии со степенью ущерба, который может быть понесен в случае, если будет необходимо выбирать лучшую доступную альтернативу. Гудвилл нанимателя — собственность работника, и гудвилл работника — собственность нанимателя, поскольку каждый обладает ценностью как средство приобретения. Точно так же, если один из них привилегирован, а другой — нет (в том смысле, что первый зависит не от гудвилла второго, а только от отсутствия у того альтернатив), тогда первый является не более чем владельцем привилегированной собственности, а второй — владельцем непривилегированной собственности.

Иногда терминология, используемая юристами, создает впечатление, что «продукт» работника является его собственностью. Но продукт наемного работника не есть его собственность. В силу взаимопонимания, имеющегося между нанимателем и рабочим, его продукт является собственностью его нанимателя: он работает на фабрике нанимателя, на его станках и использует его сырье — он лишь увеличивает потребительную ценность собственности нанимателя.

Также иногда подразумевается, что собственностью работника является его «зарботная плата». Конечно, она — его собственность, но эта собственность — «нематериальная собственность». Работник выходит на работу утром в понедельник и получает расчет в субботу вечером. В течение этого периода отношение между ним и нанимателем — отношение «нематериальной собственности» свободы и незащищенности. Ни наниматель, ни работник не обладают обременениями на будущее поведение друг друга, требующими продолжения отношений. Но в течение недели имеет место накопление задолженности при соответствующем накоплении передаваемой нанимателю продукции. Работник увеличивает потребительную ценность производства или продукции нанимателя, а наниматель увеличивает свой оговоренный, выраженный в деньгах долг, добавляя его к другим своим накладным расходам. Даже если и нет никакого соглашения об оплате труда, «закон подразумевает обещание, данное нанимателем работнику, что он будет платить ему за его услуги столько, сколько ему причитается», т.е. столько, сколько подобные услуги стоят на рынке труда в данное время⁶.

Объем потребительной стоимости, добавленной работником к продукту нанимателя, есть объем обременений, наложенных рабочим на действующее предприятие. Наниматель становится должником, а работник — кредитором. Поэтому в течение недели работник является инвестором бизнеса; при этом он (по крайней мере, с введения в 1829 г. принципа преимущественного требования для технических специалистов

⁶ Bouvier. Quantum meruit; см. также цитированные дела.

и рабочих⁷) обычно является приоритетным инвестором. В конце недели работник получает зарплату, но не продукцией, а универсальной нематериальной собственностью — деньгами, которые являются его свободой выхода на товарный рынок и приобретения тех вещей, которые он желает приобрести. Его место занимает формальный или неформальный инвестор, наниматель или банкир, и его временные инвестиции ликвидируются.

Таким образом, труд работника, пока он длится, представляет собой нераздельное единство невещественной и нематериальной собственности, особый случай рынка ценных бумаг, где период инвестиций, однако, оказывается столь кратким, что проценты не начисляются даже формально. Труд есть «нематериальная собственность», поскольку является отношением свободы и незащищенности на рынке труда. Он есть «невещественная собственность», поскольку является отношением кредитора и должника на рынке инвестиций. И он регулярно конвертируется в номинальную заработную плату или в деньги, другую «нематериальную собственность», являющуюся свободой и незащищенностью на различных товарных рынках, где приобретаются еда, одежда и жилье, которые составляют реальную заработную плату за труд.

2. ОБЪЕДИНЕННЫЕ ЛИЦА И ОБЪЕДИНЕННАЯ СОБСТВЕННОСТЬ

Согласно решению суда штата Орегон по делу, уже упоминавшемуся выше, закон, ограничивающий власть собственности в том, что касается заработной платы, обоснован тем, что защищает здоровье и добрые нравы⁸. В этом отношении обоснование весьма отличается от представленного в деле Манна, где вопросы нравственности и здоровья не затрагивались, а речь шла только о власти. В Верховном суде также рассматривались подобные дела, которые поднимали тему власти отдельно от всех прочих тем, но при этом касались трудового законодательства; это были дела, в которых Конгресс и законодатели пытались защитить право рабочих на членство в профсоюзах. В деле Адэра суд, руководствуясь Пятой поправкой, отказался признать за Конгрессом соответствующие

⁷ *Commons, Andrews. Principles of Labor Legislation. 1920. P. 60.*

⁸ Когда в суде рассматривался закон штата Орегон о десятичасовом рабочем дне для мужчин и женщин при 50%-ной надбавке за сверхурочную работу, суд счел эту надбавку своего рода штрафом, удерживающим от назначения сверхурочных часов, и постановил (согласно краткому изложению содержания судебного решения, помещенного в сборнике); «[Закон одобряется... в интересах здравоохранения], но не решено, может ли закон быть одобрен в качестве регулятора заработной платы». См.: *Bunting v. Oregon. 243 U.S. 426. 1916.*

полномочия, а в деле Коппиджа отказался признать их за законодательными органами штатов, опираясь уже на Четырнадцатую поправку, запрещающую лишать свободы и собственности без должной правовой процедуры⁹.

Конгресс Соединенных Штатов, обеспечивая арбитражное разбирательство трудовых споров в железнодорожных компаниях, запретил таким корпорациям и их служащим отказывать в найме, увольнять с работы или угрожать увольнением работникам только лишь на основании членства последних в профсоюзах. Штат Канзас принял сходный закон, область действия которого, впрочем, не ограничивалась только железнодорожными и другими корпорациями, но распространялась на наемных работников всех предприятий вообще. Подобные законы были признаны противоречащими Конституции судами шести штатов, причем таково же было первоначальное мнение и суда штата Канзас^{10 11}, но когда в Канзасе был принят второй закон этого типа, суд штата его одобрил¹¹, и была подана апелляция в Верховный суд.

Постановлением по делу Адэра Верховный суд руководствовался и в деле Коппиджа, поскольку, как заявил судья Питни¹², федеральному правительству «запрещено произвольно вмешиваться в свободу договора в соответствии с принципами, предусмотренными Пятой поправкой; кроме того, ясно, что такое вмешательство запрещено соответствующей статьёй Четырнадцатой поправки».

Канзасский закон объявлял незаконными любые попытки со стороны любой фирмы, компании или корпорации, ее членов, директоров или служащих использовать принуждение, оказывать давление или влиять на любых лиц, с тем чтобы те отказались от вступления в любые рабочие организации или ассоциации (или вышли из них, в случае если являются их действительными членами), в виде условия сохранения работы или продления контракта. Коппидж, суперинтендант железнодорожной компании, потребовал от Хеджиза, члена профсоюза стрелочников, подписать подобное соглашение, одновременно проинформировав его, что в случае отказа он не сможет продолжать свою работу в компании. Хеджиз отказался подписывать соглашение или выходить из союза, и Коп-

⁹ *Adair v. U.S.* 208 U.S. 161. 1908; *Coppage v. Kansas*. 236 U.S. 1. 1915.

¹⁰ *State v. Julow*. 129 Mo. 163. 1895; *Gillespie v. People*. 188 Ill. 176. 1900; *State ex. rel. Zillmer v. Kreutzberg*. 114 Wis. 530. 1902; *Coffeyville Brick Co. v. Perry*. 69 Kan. 297. 1904; *People v. Marcus*. 185 N.Y. 257. 1906; *State ex rel. Smith v. Daniels*. 188 Minn. 155. 1912.

¹¹ *State v. Coppage*. 87 Kan. 752. 1912.

¹² 236 U.S. 1, 11. Обсуждение этих дел см.: *Cook W.W.* Privileges of Labor Unions in the Struggle for Life // 27 Yale Law Journal 1918. P. 779; *Powell T.R.* Collective Bargaining before the Supreme Court // 33 Pol. Sci. Quar. 1918. P. 396.

пидж его уволил. Канзасский закон, запрещающий такие действия Коппиджа, был объявлен судьей Питни (от лица судейского большинства; против выступили судьи Дэй, Холмс и Хьюз) случаем лишения свободы и собственности без должной правовой процедуры. Ибо, по его словам, «в право личной свободы и в право частной собственности, если иметь в виду природу того и другого, входит и право заключать договоры для приобретения собственности. Главным из этих договоров является договор о личном найме, при помощи которого труд и другие услуги обмениваются на деньги и на другие формы собственности»¹³.

Это дело затрагивало два вопроса: первый — может ли вообще экономическое принуждение объявляться законодателями незаконным; второй — могут ли законодатели создавать и защищать право на создание союзов работников, направленных против объединений владельцев собственности?

Первый вопрос был снят ссылкой на четыре дела о кабальных сделках, которые мы рассматривали выше¹⁴, в которых, как мы видели, суд отказался признать, что простое неравенство собственности или власть, дающая возможность отказывать в предоставлении услуг другим лицам, подпадает под определение «принуждения». В этих и подобных делах для доказательства того, что вышестоящее лицо употребило принуждение, требовалось доказать факт неравенства в личных отношениях. Именно этот момент стал ключевым в решении по делу Коппиджа: Хеджиз как член профсоюза стрелочников «обладал страховкой на сумму 1500 долларов, от которой он должен был бы отказаться, если бы вышел из профсоюза». Но если Коппидж «требуя, чтобы Хеджиз выбрал, оставаться ему в компании или в профсоюзе, во всем остальном не переходил границы своих законных полномочий, то такое требование не является незаконным на основании лишь того факта, что данный выбор подразумевал денежные потери для Хеджиза»¹⁵.

Наоборот, незаконной является попытка законодателей расширить определение «принуждения» таким образом, чтобы включить в него употребление чисто экономической власти. Канзасские законодатели увидели преступление там, где его не было: «Имея дело с Хеджизом, вольнонаемным, совершеннолетним и полностью дееспособным, Коппидж потребовал, чтобы Хеджиз совершил свободный выбор: отказаться от места в компании или выйти из профсоюза, если он хочет сохранить работу... Штат Канзас намеревался в рамках данного закона наказывать поведение, подобное поведению Коппиджа, которое тем не

¹³ 236 U.S. 14.

¹⁴ См. главу III, с. 71.

¹⁵ 236 U.S. 8, 9.

менее совершенно свободно от любого элемента принуждения, давления или злоупотребления влиянием, при том, что очевидно, что штат намеревается наказывать именно за это... Точно так же ясно, что наказание нанимателя или его должностного лица лишь за то, что они предлагают определенные условия найма при отсутствии принуждения, давления или злоупотребления влиянием, не имеет никакой связи с декларируемыми намерениями по пресечению принуждения, давления или злоупотребления влиянием. Точно так же штат не может, определяя как «принуждение» то поведение, которое в действительности таковым не является, объявлять преступным любое нормальное и по своей сути законное употребление личной свободы и прав собственности» (15, 16).

Канзасский суд утверждал: «Наемные рабочие, как правило, не имеют, в отличие от нанимателей, таких финансовых возможностей, чтобы оставаться независимыми при заключении договоров о продаже своего труда». На это Верховный суд ответил: «Несомненно, что везде, где существует право частной собственности, должно быть и будет имущественное неравенство; и потому естественно, что стороны, ведущие переговоры об условиях контракта, неодинаково свободны от обстоятельств... И поскольку самоочевидно, что, если только собственность не обобществлена, некоторые лица должны обладать большей собственностью, чем другие, то в силу самой природы вещей невозможно поддерживать свободу договоров и право частной собственности, не признавая одновременно законным это имущественное неравенство, которое является необходимым результатом осуществления этих прав» (17).

Второй вопрос, касающийся защиты права индивидов на объединения против объединений собственников, неотделим от первого, поскольку то «имущественное неравенство», о котором говорил судья Питии, было не неравенством Хеджиза и Коппиджа, но неравенством Хеджиза и железнодорожной компании. Решения по этому вопросу не было; более того, он не был даже поставлен, хотя канзасский закон затрагивал все фирмы, компании и корпорации. Объяснение этому, совершенно очевидно, заключается в том, что применительно к целям Четырнадцатой поправки корпорация рассматривалась как лицо, а не объединение лиц.

Смысл термина «корпорация», как и смысл терминов «свобода» и «собственность», менялся с течением времени, и когда в суде употребляют этот термин, он может приобретать различные значения, соответствующие различным этапам его истории. Корпорация — это не «гражданин» в смысле, употребляемом в федеральной Конституции, но «лицо» в смысле, употребляемом в Четырнадцатой поправке¹⁶. В одно время корпорация — это *объединение* лиц; в другое время — *лицо*. В одно вре-

¹⁶1 Cook (раздел о корпорациях). 94. 7th ed.

мя она обладает независимым существованием, отдельно от ее членов; в другое время она — марионетка, которой управляют ее акционеры¹⁷. В одно время корпорация — это фикция, существующая только в представлении закона, ограниченная деятельностью, указанной в учредительных документах; в другое время она — это набор сделок, порождающих обязательства, которые не прописаны явным образом в уставе корпорации, но могут быть внесены в него благодаря действиям закона¹⁸. Хеджи-зу могло казаться, что корпорация — это Левиафан, контролирующий 20 000 рабочих, но когда он пришел в суд, то увидел перед собой только Коппиджа, такого же человека, как и он сам. Определение корпорации поистине неуловимо — оно меняет свою форму прямо у тебя в руках и ускользает, когда тебе кажется, что ты его ухватил.

Роскоу Паунд говорил, что «личность» корпорации — это не сущность, но конвенция. Однако для того, чтобы эта конвенция была подходящей, корпорация, определяемая как единое целое, должна определяться также и как объединение, действующее как единое целое. Тем не менее это самое единство двойственно, поскольку оно представляет собой объединение собственности и объединение лиц.

Как объединение собственности корпорация расширялась от примитивного понятия физических объектов, которыми владеют ради собственного употребления, до понятия действующего предприятия, управляемого лицами, взаимодействующими с другими лицами. В этом отношении корпорация пользуется всеми законами о кредиторе и должнике, начальнике и подчиненном, нанимателе и наемном работнике, продавце и покупателе, которые возникли в ходе эволюции общего права при помощи права справедливости и законодательных актов и которые основывались на первоначальной защите титула собственности на физические объекты и фактическое владение ими.

Как объединение лиц корпорация является наследницей королевской прерогативы, даровавшей часть личной власти суверена его подданным. Хотя многие из этих дарованных тогда личных привилегий (такие, как упомянутые ранее монополии и различные феодальные «вольности») были законодательно упразднены в течение XVII в. (или, вернее, переданы парламенту), эта привилегия — права корпорации — оставалась

¹⁷ Ibid. P. 32-33; 7 R.C.L. No. 4.

¹⁸ Ibid. P. 12; «Теория корпорации состоит в том, что у корпорации нет никакой власти, кроме той, которая передана ей явно или необходимо подразумевается. Но эту теорию, строго говоря, уже нельзя применять к частным корпорациям. Частная корпорация может осуществлять множество чрезвычайных полномочий, если все акционеры согласны, и никто из кредиторов не несет убытков. Здесь некому жаловаться, кроме государства, но если бизнес является полностью частным, то государство не имеет права вмешиваться».

в распоряжении парламента и других законодательных органов еще в XIX в. Права корпорации, как и другие права, даровались в соответствии с индивидуальным или особым соглашением между сувереном и подданным. Когда место короля заняла законодательная власть, эти соглашения продолжали свое существование в форме лоббирования, политического влияния и коррупции, пока в середине XIX в. не были приняты общие законы о корпорациях, сначала в США, а потом и в Англии. После этого особая привилегия на создание корпорации стала доступна любой группе граждан, независимо от их личного влияния: им требовалось просто объединиться на основе договоров, соответствующих общим правилам, и зарегистрировать свое намерение в канцелярии штата. Так личная привилегия, которой суверен наделял индивидов, превратилась во всеобщее право на объединения, доступное всем лицам, которые на его основании могут образовать единство, неизвестное общему праву.

Права корпорации дают объединению жизнь, значительно превышающую жизнь любого индивида. Если необходимо, они обязывают меньшинство, даже без его согласия, действовать вместе с большинством как единое целое. Они до определенной степени снимают ответственность с индивидов и ограничивают общую ответственность тем количеством собственности, которое есть у корпорации. Вечная жизнь, самоуправление и ограниченная ответственность являются, таким образом, высшими полномочиями и привилегиями, которыми лица, коллективно или индивидуально, наделяются для того, чтобы единая воля могла через своих представителей взаимодействовать со всем миром. Таким образом, объединение собственности, действующее предприятие, отделяется от индивидов и получает независимое существование, собственный орган производственного управления и возможность роста, неведомую физическому лицу.

Но если при таком развивающемся объединении собственности сохраняется в силе примитивное значение собственности, то это объединение является не более чем пустым титулом на владение физическими объектами, не имеющим ценности для бизнеса. Даже если значение собственности распространяется на свободу пассивного выбора возможностей, на чем настаивал Коук в деле о монополиях 1602 г. и судейское меньшинство в делах о скотобойнях 1872 г., то и тогда это объединение неэффективно. Но если значение распространяется еще шире, так что уже включает в себя использование экономической власти (которая была открыта в деле Манна 1876 г., в деле Холдена—Харди 1898 г., в делах Бантинга и Стеттлера 1916 и 1917 гг.), это свидетельствует о том, что это дитя привилегии выросло и превратилось в находящееся под защитой привилегии объединение взрослых людей.

То, что такое расширенное понимание собственности не было принято во внимание в делах Адэра и Коппиджа, можно объяснить тем, что Конгресс и законодатели предложили учредить организацию, профессиональный союз для осуществления того, что в иных случаях исполнялось правительственными фабричными инспекторами. Судья Питти отказывался видеть какую-либо общественную пользу в такой организации: «Это не общественный институт, на который закон возлагает общественные или управленческие задачи, такие, чтобы членство в нем напрямую служило общему благосостоянию»¹⁹. Отличая это дело от дела Холдена—Харди и ему подобных, судья Питти сказал, что в тех делах имелась общественная польза (как то: здоровье, безопасность, мораль или общественное благосостояние), «которая никак не соотносится с выраженным в данном случае желанием устранить имущественное неравенство за счет лишения собственника части того, что может быть определено как “финансовая независимость”... Само по себе ограничение права на свободу или собственность не может называться “общим благом” и быть законным объектом регулирующей власти, поскольку именно такие ограничения запрещены Поправкой»²⁰.

Отсутствие общественной пользы было, похоже, основанием судебного решения также и по делу *Hitchman Coal*. В данном случае профсоюзу и его деятелям, пытавшимся создать свое отделение на шахтах угольной компании в Западной Вирджинии, было запрещено даже агитировать за вступление в профсоюз (профсоюз планировал впоследствии легализовать свою деятельность на шахтах, угрожая объявить, в случае необходимости, забастовку). После провала забастовки несколько лет назад рабочих вновь взяли на работу при условии, что они, пока работают на эту компанию, не будут состоять в профсоюзах; и всем, кто нанимался на работу впоследствии, также приходилось соглашаться с данным условием. В делах Адэра и Коппиджа суд запретил Конгрессу и законодательным органам препятствовать работодателям включать эти условия в трудовые договоры. В деле *Hitchman Coal* вмешательство в содержание трудовых договоров было запрещено профсоюзу.

В деле *Hitchman Coal* судебское большинство (несогласие выразили судьи Брандейс, Холмс и Кларк), признавая право наемных работников создавать союзы и расширять их за счет приглашения сослуживцев, не нашли юридических оправданий намерению союза нанести ущерб компании посредством забастовки только для того, чтобы заставить ее из страха перед финансовыми потерями согласиться на создание отделения профсоюза на шахтах как на меньшее зло. Поскольку речь шла

¹⁹ *Coppage v. Kansas*. 236 U.S. 1, 16. 1915.

²⁰ *Ibid.* 18-19.

о вольном найме, компания обладала расположением своих работников независимо от того факта, что отношения нанимателя и наемного работника могли быть разорваны любой стороной в любой момент. Суд не принял во внимание, что профсоюз также может в противовес гудвиллу корпорации создать собственный гудвилл, т.е. такой актив, который создается только благодаря тому, что одно предприятие склоняет клиентов другого предприятия оставить его и перейти к нему (при этом второму предприятию наносится ущерб за счет того, что его клиенты становятся постоянными клиентами конкурирующего предприятия).

Гудвилл предприятия, как правило, сохраняется и увеличивается за счет убеждения клиентов (которые свободны отказывать в своей поддержке в любое время) продолжать делать то же, что и ранее, несмотря на убеждение со стороны конкурентов. Гудвилл — это соревнование в убеждении, и если конкурентам запрещено предлагать клиентам альтернативы, то клиенты удерживаются не репутацией предприятия, а незнанием альтернатив; но в этом случае речь идет об отсутствии альтернатив и, следовательно, не о гудвилле, а о привилегии. Таким образом, доктрина гудвилла (начиная с первого дела 1580 г., когда суд запретил конкуренту ставить на свои плохо сработанные изделия торговую марку истца) все-таки непосредственно связана с общественной пользой; однако эта общественная польза заключается в том, что клиенты могут принимать свои решения свободно, без обмана или принуждения, но обладая возможностью получать достоверное знание относительно привлекательности конкурирующих предложений.

То, что предлагалось одной из сторон трудового спора, было, по словам судейского меньшинства, «оправданной попыткой улучшить условия работающих в промышленности людей путем увеличения их переговорных возможностей при помощи профессиональных союзов, а также расширения сферы власти самих этих союзов»²¹.

То, что предлагалось другой стороной, было, в формулировке судейского большинства, «реальной возможностью того, что благодаря правильному обращению с наемными работниками, своевременной выплате им должного вознаграждения и избеганию любых поводов для протестов будет возможно сохранить им рабочие места, а также заполнять время от времени появляющиеся вакансии посредством найма других людей на тех же условиях» (252).

Здесь конкуренция за расположение рабочих очевидным образом уподоблялась конкуренции торговцев за расположение клиентов. «Истец, — гласило мнение большинства, — обладал и обладает расположе-

²¹ Hitchman Coal & Coke Co. v. Mitchell. 245 U.S. 223, 268. 1917.

нием наемных работников, точно так же, как торговец обладает расположением своих клиентов, хотя последних ничто не обязывает продолжать иметь дело с ним... Денежное выражение ценности этих обоснованных возможностей крайне велико, и оно признается законом применительно ко всему спектру отношений». Тем не менее, признав, что клиент не имеет договора с торговцем и ничто не обязывает его продолжать дело с ним, а также что конкурент может убедить этого клиента отдать предпочтение ему, суд вернулся к старому законодательству о хозяине и слуге, заявив, что «полностью признает право на иск против того, кто убеждает наемного работника оставить своего нанимателя» (252). Очевидно, здесь произошло смешение свободы и обязанности, а также гудвилла и принудительного труда. Гудвилл — это свобода; договор — обязанность; принуждение к исполнению договора — принудительный труд. Наниматель не обязан держать работника у себя; работник не обязан оставаться; невозможность для работника знать об альтернативах подразумевает принудительный труд.

Как представляется, в данном случае не все элементы доктрины гудвилла были перенесены с клиента на работника, поскольку свобода работника выбирать между альтернативами (хотя он и нанимается на работу добровольно) никогда не считалась столь важной для общества, как свобода клиента по собственной воле стать постоянным покупателем продавца. Следовательно, профессиональный союз, который пытается убедить работника уйти, неоправданно наносит ущерб бизнесу, тогда как конкурент или наниматель, который точно так же убеждает уйти клиента или работника, действует оправданно и по закону.

Однако очевидно, что существует и другой аргумент, неотделимый от этого. Компания *Hitchman Coal* выступала в суде скорее как отдельный индивид, нежели объединение индивидов, соединивших свою собственность в единое целое, обладающее органом производственного управления, ограниченной ответственностью и вечной жизнью корпорации. В то же самое время профсоюз в глазах судей являлся продуктом сговора индивидов, проводящих собрания, не имеющий собственности и действующий лишь с целью нанесения ущерба собственности, поскольку профсоюз отказывал в предоставлении труда до получения выгодных условий по договору (241, 253). Но если труд является собственностью, то, возможно, объединенный труд тоже является собственностью, а право действовать совместно в качестве производственного органа управления — это право на собственность, а собственностью могут быть не материальные угольные шахты, но ожидание дохода, который должен быть получен благодаря переговорным возможностям и присваиваться его членами в соответствии с установленными правилами — ожидание, подобное гудвиллу бизнеса.

Как мы видели, согласно данному судом определению объединение собственности не имеет власти: это всего лишь инертная масса, неважно, сколь велики ее измерения. Но союз лиц — это власть, и если корпорация не имеет власти, то лишь потому, что она представляется суду не объединением лиц, но только объединением собственности. Противоположное, как мы видели, было подтверждено в деле Манна.

В этом, по всей видимости, и заключается юридическая доктрина сговора. Сущность сговора — в принуждении, осуществляемом над индивидом группой индивидов. Это очевидно из того, что нечто законное в случае отдельного индивида (например, отказ покупать, продавать или работать) может стать незаконным, если речь идет о группе вступивших в сговор индивидов. Незаконность сговора состоит в *согласованности* действий, а не в самом действии, которое может быть совершенно законным, если совершается теми же индивидами, но без предварительной договоренности между ними, поскольку такое объединение способностей может дать большую власть, чем та, на которую способен отдельный индивид.

Но объединение *собственности*, в отличие от объединения человеческих возможностей, не рассматривается как обладающее большей властью принуждения, нежели власть отдельного лица (в противном случае действия корпорации, которые являются законными для обособленного индивида, были бы незаконны). Корпорация, по разрешению верховной власти, выглядит как отдельное лицо, подобное прочим лицам, и может на законных основаниях отказаться от покупки или продажи, сдачи в аренду или съема — точно так же, как и прочие лица. Конечно, корпорация, как и эти лица, может незаконно вступить в сговор с другими лицами или корпорациями; но в этом случае тем не менее незаконное принуждение все еще будет рассматриваться как заранее согласованные действия лиц, одним из которых является корпорация, понимаемая как лицо. Но поскольку корпорация есть всего лишь объединение собственности, т.е. действующее предприятие, пусть даже и находящееся во владении объединения лиц, она не считается осуществляющей принуждение по отношению к индивидам, будь то покупатели, продавцы, наемные работники, заемщики или арендаторы. Принуждение может осуществлять объединение лиц, но не объединенное владение вещами.

Это различие между юридическим и экономическим принуждением, а также между объединением владельцев собственности и объединением лиц, не имеющих материальной собственности, было выражено в особом мнении судейского меньшинства по делу *Hitchman Coal*. Судья Брандейс сказал: «Также настаивают на том, что ответчики пытались “принудить” истца к тому, чтобы он “допустил союзы” на своих шахтах. Но принуждение, в юридическом смысле термина, не может иметь места, когда союз просто поощряет наемных работников к вступлению

в союз, с последующим намерением устроить забастовку, если союз не будет разрешен. С точки зрения закона, такое давление не является принуждением. Работодатель свободен как принять соглашение, так и понести убытки. Безусловно, все дело истца основывается на соглашениях, достигнутых под таким же давлением экономической необходимости или возможного ущерба. Если мы называем принуждением угрозу забастовкой в случае, если истец не согласится на создание профсоюзной организации, то таким же принуждением будет и отказ в приеме на работу в случае, если заявитель не согласится с отсутствием профсоюза. Наниматель может разрешить создание союза из страха, что в противном случае он не сможет получить *труд*, на который рассчитывал, но и работник может подписать индивидуальное соглашение из страха, что в противном случае он не получит работу. Но такой страх, с точки зрения закона, не подразумевает принуждения. Иначе говоря, наниматель, чтобы оградить свое предприятие *от членов профсоюза*, может требовать от работников подобного соглашения. Поскольку соглашение является законным, наниматель может отказывать работнику в удовлетворении его экономической потребности, т.е. в занятости, до тех пор пока он не согласится с условиями договора. Точно так же: поскольку законным является и соглашение о том, что на предприятии могут работать только члены профсоюза, профсоюз, в свою очередь, может отказывать нанимателю в удовлетворении его экономической потребности, т.е. в труде, до тех пор, пока тот не согласится заключить его. В юридическом отношении соглашение, заключенное в этих обстоятельствах, является добровольным» (271, 272).

Суть дела именно в этом, и суд отдает предпочтение тому объединению лиц, которое полагает более важным для общества. Права корпорации с сопутствующими им властью и иммунитетами предоставляются угольной компании, поскольку общество как потребитель заинтересовано в росте добычи угля. Будет ли при этом общественной целью возросшая с этими правами переговорная сила в сделках с трудом, зависит от той важности, которая придается соответственно союзу капиталистов и союзу работников. Судейское большинство не увидело в деле *Hitchman Coal*, равно как и в деле Коппиджа, никакой общественной пользы от профессиональных союзов рабочих. Меньшинство, напротив, увидело ее в росте переговорных возможностей труда. По его мнению, польза от вмешательства в дела вольнонаемных работников *Hitchman Coal* «заключалась, по общему признанию, в том, чтобы усилить профсоюз, в силу убеждения, что таким образом будут улучшены условия труда занятых на шахте. Переговорная власть индивидуального работника должна была быть усилена коллективной властью, а коллективная власть должна была быть гарантирована получением согласия на созда-

ние профсоюза. На данный момент не должно быть никаких сомнений, что побуждение рабочих к увольнению (или к отказу от трудоустройства) для того, чтобы достичь этой цели, оправданно, если рабочий не связан договором, обязывающим его оставаться на данном конкретном месте» (273). Однако на самом деле это *подвергается сомнению* — не с точки зрения логики, а с точки зрения убеждений; и это убеждение есть не что иное, как обычное желание судьи, который принимает решение и который всегда может найти прецеденты и логику, оправдывающие его решение, в трехсотлетней истории со времен революции в торговой сфере. Решает именно судья, который верит в закон и обычаи делового оборота, а не судья, который верит в закон и традиции труда.

3. ОБЫЧАИ И ЗАКОН

Существуют две полностью противоположные теории права, одна из которых идет от Гоббса и Бентама к Джону Остину²², а другая — через Коука и Блэкстоуна к американской школе Джеймса Картера²³. Согласно одной теории закон был *создан* приказом, данным вышестоящим нижестоящему, согласно другой теории закон был *обнаружен* в традициях и обычаях людей.

Остин определял закон как «правило, установленное для направления разумного существа другим разумным существом, обладающим властью над ним». Картер определил неписанный закон, лежащий в основе нашего права, как «правило, возникающее на основе критерия социальной справедливости или же из обычаев и традиций, от которых был произведен сам этот критерий».

Согласно теории Гоббса, Бентама и Остина законодатель, основываясь на собственном исследовании человеческих страстей, может перестраивать общество согласно своим собственным понятиям о справедливости и благосостоянии. Согласно теории Коука, Блэкстоуна и Картера законодатель есть всего лишь исследователь и систематизатор существующих народных обычаев. Он не создает закон, но обнаруживает его и фиксирует в письменной форме.

Ни одна из двух сторон, безусловно, не доводила своей теории до логического завершения; и как исторический факт: первые обращали внимание на прерогативу, а вторые — на общее право. Первая теория ведет к писаному праву, сформулированному монархом, законодателями или конституционным собранием; вторая — к неписаному праву, которое постепенно формулируют суды. Одно неотделимо от другого. Тем не менее, если обращать внимание только на писанный закон, логическим

²² Austin. Lectures on Jurisprudence; Brown W.J. The Austinian Theory of Law. 1906.

²³ Carter f.C. Law; Its Origin, Growth and Function. 1907.

завершением теории будет замена народных обычаев либо кодексом законов, либо социалистической утопией, либо диктатурой пролетариата; а если, наоборот, обращать внимание только на неписаное право, то логическим завершением теории будет выведение критериев справедливости из этих традиций и объявление их голосом разума или Бога. Кодексы, утопии и диктатуры возникали и гибли или же двусмысленно интерпретировались. Статутное или конституционное право — мертвая буква, если оно не соответствует обычаям. Оно создано, как подчеркивает Картер, одним или несколькими лицами и «необходимо несет в себе все несовершенства и ошибки, которые сопутствуют всем таковым вещам». Но, согласно Картеру, неписанный закон, хотя он формулируется судами, создан Богом или «благодетельной Природой». Этот закон «существует сам от себя, вечен, безусловно истинен и справедлив для всех нужд общественного управления, безупречен и неизменен. Он может быть с полным на то основанием назван божественным, поскольку совпадает с обычаем, который есть необходимая форма развития поведения человека; у этого закона не может быть иного автора, кроме самой человеческой природы» (231).

Обычаи, несомненно, являются сырым материалом, из которого строится система правосудия. Но обычаи бывают разными, хорошими и дурными, они меняются и конфликтуют друг с другом. Они неопределенны, сложны, противоречивы и запутанны. Поэтому необходим выбор. Кто-то должен выбирать, какие обычаи следует узаконить, а какие — осудить или отбросить. Картер защищает свой тезис тем, что отличает «обычаи» от «дурного обыкновения» (255). «Обычай» — это *хороший* обычай, «дурное обыкновение» — это *плохой* обычай. Но кто это сказал? Это голос Бога? Закон природы? Всеобщий разум или *vox populi* (глас народа)? Картер критиковал Верховный суд за то, что он, рассматривая дело о слиянии железнодорожных компаний, не узаконил обычай современного делового оборота, заключающийся в слиянии корпораций и устранении конкуренции (210—213). Очевидно, что этот обычай — глас Божий. Другие одобряли решение Верховного суда, который осудил современный обычай трудовых организаций бойкотировать работодателей, считая его дискриминационным. Ясно, что этот обычай — отнюдь не Божий глас.

Кто-то должен выбирать между обычаями. Тот, кто выбирает, — законодатель. Шериф выбирает одни обычаи, отвергает другие и в рамках своей власти и иммунитета обладает исключительным правом на действие. Он одновременно обнаруживает закон и творит закон. Он *обнаруживает* закон постольку, поскольку отбирает в своем округе желательные обычаи и отвергает нежелательные, а *творит* закон постольку, поскольку выбирает направление, в котором власть государства должна

быть употреблена против тех, кто нарушает желательный обычай или следует нежелательному. Суд делает то же самое, но сфера его власти и иммунитета значительно шире. А законодательная власть, действуя в своей сфере, находит дурные обычаи, за которые наказывает, хорошие обычаи, которые наделяет силой государственного закона, а также нейтральные обычаи, которые оставляет без внимания. Это — разграничение, а официальное разграничение есть выбор обычаев.

Обычаи — это обыденное поведение, а поведение — это поток сделок между лицами. В этом отношении обычай — это обыденные *сделки* индивидов одного класса, совершаемые при сходных условиях. Экономические сделки, которые мы рассматривали в нашем историческом исследовании, — это сделки между землевладельцем и арендатором, кредитором и должником, нанимателем и наемным работником. В англо-американской истории каждая из этих сделок начиналась как обычай; одобренные сделки становились общим правом, неписаным, поскольку писаное право постепенно создавалось решениями судов, а затем общее право было расчленено на две части прерогативой, с одной стороны, и статутным и конституционным правом и правом справедливости — с другой. В конце концов, в некоторых областях все это было кодифицировано. Так из рентного соглашения и его обычаев в отношениях землевладельца и арендатора возникло общее право землепользования, крепостничества и рабства с его правами на материальную собственность на землю, движимое имущество и людей. А из ценового соглашения и его традиций в отношениях торговцев и промышленников произошло торговое право, общее право предпринимательства и свободы с его правами на нематериальную и невещественную собственность.

Предпринимательское право, возникшее в результате такого развития, так же отличается от старого общего права, как отличается действующий бизнес от акра земли или обещание — от лошади. Тем не менее, как мы видели, при помощи воображения, нового значения старых слов старое перетекало в новое столь легко, что не происходило никаких серьезных разрывов, за исключением тех моментов в истории XVII в., когда революции 1640 и 1689 гг. подчинили чиновников монарха тем же самым судам и тем же правовым нормам, которым были подчинены частные граждане. Власть судов, особенно судов справедливости, таким образом расширилась, чтобы соответствовать развивающемуся состоянию бизнеса, причем наиболее заметно — за последние 40 лет, когда бизнес находится в конфликте с трудом, точно так же, как раньше, в XVII в., он конфликтовал с феодализмом.

Обычаи труда и трудовых организаций весьма отличаются от обычаев бизнеса не меньше, чем его обычаи — от обычаев феодального сельского хозяйства. Определение обычая будет неполным, если под ним понимать

ТОЛЬКО инстинктивную, импульсивную, неосознанную привычку поступать единообразно. Именно неадекватность этого определения лежит в основе представления сэра Генри Мэйна о том, что прогресс общества заключается в переходе от «статуса» к «договору»²⁴, а также о том, что общее право может быть заменено сводом законов или конституцией. Согласно Мэйну «статус» представлял собой фиксированное положение индивида в обществе, поддерживаемое установленными обычаями. Напротив, «договор» — это свобода порвать с традиционным укладом жизни и, при помощи установления договорных отношений с другими людьми, создать для себя новую позицию в обществе. Статус, традиция и выведенное из них общее право были, таким образом, статичны, а договор, статутное и кодифицированное право — динамичны.

Но скорее дело обстоит так, что обычаи — это обусловленные здравым смыслом действия людей по планированию будущего, основанные на опыте прошлого, а договоры — это тоже обычаи. Связующая сила обычая заключается в стабильности ожиданий. Можно ожидать, что то, что случилось в прошлом, случится опять, а тот, кто расстраивает планы, должен быть ограничен в своих действиях или наказан. Обычаи вовсе не установлены с незапамятных времен, но постоянно меняются и постоянно формулируются собраниями или группами людей с целью прекращения насилия или разрешения возникших споров. Пока правительство не встало над этими неорганизованными собраниями и пока официальный штат судей, исполнителей, законодателей и управляющих не приступил к работе по борьбе с насилием и по решению спорных вопросов, обычаи становились общим правом, обладающим обязывающей силой для всех местных собраний, в соответствии с прецедентами, установленными в уже решенных делах. Затем эти утвержденные обычаи, обнаруженные в каком-то одном месте, начали распространять на сходные дела, рассматриваемые в иных местах. Это означает конфликт, выбор и сохранение обычаев в зависимости от изменений политических, экономических и культурных условий, а также изменений в правительстве.

Двумя величайшими изменениями в экономике, которые создали новые обычаи, были переход от сельского хозяйства к торговле и от изолированного к коллективному промышленному производству, а сопутствующими изменениями в политике и праве был переход от рабства или принудительного труда к свободе предпринимательства и свободе труда. В результате первого изменения появились (или, по крайней мере, широко распространились) новые сделки между кредитором и должником, продавцом и покупателем; при этом произошло явное изменение от статуса и обычаев к свободе и договору. Однако изменение состояло

²⁴ Maine H. Ancient Law / ed. Pollock. 1861. P. 173-174.

скорее в изменении от обычаев сельского хозяйства к обычаям делового оборота. Действительно, договоры требуют истолкования в случае возникновения спора; бизнес не может работать спокойно, если не существует единообразного толкования договоров, а единообразное толкование — это толкование в соответствии с обычаем. Обычай делового оборота — это просто традиционный способ составления, истолкования и обеспечения исполнения формальных договоров и усмотрение в поведении сторон подразумеваемых договоренностей, соответствующих подразумеваемому обычаю. И переход от статуса к свободе сопровождался политическим и правовым переходом от обычаев и законодательства землевладельца и арендатора к обычаям и законодательству продавца и покупателя, кредитора и должника.

То же самое касается перехода от изолированного промышленного производства к коллективному и от покупки и продажи вещей к покупке и продаже труда. Обеспечение исполнения договора в ситуации, когда трудящиеся были лишены собственности, оборачивалось принудительным трудом или заключением в долговую тюрьму, но когда долговые тюрьмы были упразднены, а принудительный труд запрещен, произошел не только переход от статуса к свободе и договору, но и дальнейший переход — к *свободе нарушать договоры*. Но не может быть юридически обязательных договоров, если нельзя обеспечить их исполнение. Наем на работу, увольнение и уход происходят по желанию. Произошла не замена статуса и обычаев договором, но возник новый обычай заключения договоров. Трудовой договор заключается в соответствии с взаимопониманием, привычкой и обычаем. Этот обычай основывается не на ожидаемом принуждении к исполнению договора, но на ожидании невозможности принуждения, а потому — на непрерывном возобновлении договоров.

Соглашение о заработной плате изменяет все на прямо противоположные принципы, на которых основано кредитное соглашение, поскольку оно заменяет юридически защищенный договор незащищенным. Человек, работающий за зарплату, является бессрчным арендатором. Он может уволиться без объяснений, и наниматель может уволить его без объяснений. Теория торгового права все еще сохраняется — в том отношении, что нарушение контракта считается нарушением закона, и в случае, если контракт нарушается, пострадавшая сторона может немедленно подать иск о возмещении ущерба против нарушившей договор стороны. Но и право, и обычай сводят на нет это средство судебной защиты в случае договора о найме. Работник наделен имущественными льготами и не может быть осужден законом к принудительному труду. Но и он, со своей стороны, не может подать иск против нанимателя за незаконное увольнение, поскольку, согласно обычаю, он был нанят на

условиях «найма по желанию»²⁵. Отсюда примечательная двусмысленность в том, что суды не признают договора о найме: с одной стороны, они считают разрыв контракта незаконным, с другой стороны, они запрещают, на основании закона и обычая, принуждать к исполнению условий контракта. Капиталистическая система была выстроена, как мы уже видели, на принуждении к исполнению договоров и их свободной обрабатываемости, и современному юристу трудно одобрять обычай нанимателя и наемного работника разрывать трудовые договоры, точно так же, как юристу XVI и XVII вв. было сложно узаконить традиции торговцев, связанные с принуждением к исполнению обязательств и с их покупкой и продажей. Несмотря на то что нарушение договора как со стороны нанимателя, так и со стороны работника не может быть наказано, теория, утверждающая, что это нарушение незаконно, тем не менее используется при случае для наказания третьих сторон или наложения на них запрета подстрекать к нарушению договора — хотя единственная действительная свобода наемного работника заключается в альтернативных возможностях, предоставляемых этими третьими сторонами.

Этот изъян восходит, как мы уже видели, к теории самой воли²⁶. Воля является не пустым выбором между действием и бездействием, но выбором между уровнями власти в совершении одного действия вместо другого. Воля не может выбрать ничто: она должна выбрать что-то в этом мире ограниченных ресурсов, и она выбирает ближайшую наилучшую альтернативу. Если это хорошая альтернатива, тогда воля свободна, и ее можно стимулировать только убеждением. Если альтернатива плохая или альтернативы нет, тогда воля оказывается под принуждением. Воля выбирает между возможностями, а возможности предлагаются или удерживаются другими волями, которые также выбирают между возможностями, и эти возможности лимитированы принципом ограниченности ресурсов.

Экономическое принуждение, как мы уже отмечали выше²⁷, практически не находит места среди юридических понятий, потому что те прецеденты, на которых выстраивалось законодательство о собственности и свободе, подразумевали иммунитет только от физического принуждения. Собственность и свобода заключаются в защите от силы и насилия, будь то нападение или причинение ущерба частными лицами или действиями должностных лиц, наделенных полномочиями приме-

²⁵ Найм по желанию (employment at will) — принцип трудовых отношений, который означает, что трудовой договор может быть расторгнут работодателем или работником в любое время, по любой причине или даже без объяснения причины. — *Примеч. пер.*

²⁶ См. главу IV, раздел 2, с. 82.

²⁷ См. главу III.

нять организованное насилие с санкции короля или суверена. Но когда рабочие искали защиты для своей свободы и собственности, они искали защиты не только от физического насилия, но и от экономического принуждения. Конечно, можно найти и прецеденты защиты от экономического принуждения, но, как мы уже видели, в них обычно не встречается понятие экономической власти: суды обходили эту тему, сводя экономическую власть либо к специальной привилегии, даруемой сувереном, либо к нарушению доверительных и прочих отношений между сторонами, достоинство которых, с точки зрения права, различно. Отношение экономического превосходства одного лица над другим, в отличие от отношения личного или юридического превосходства, суды никогда не признавали по своей инициативе, и если они соглашались с его наличием, то лишь постольку, поскольку уступали мнению законодательной власти, как, например, в деле Манна или Холдена. Но в тех делах, где суд не уступал, он либо объявлял данный законодательный акт неконституционным, либо аннулировал его своим вердиктом — в случае, если удавалось найти прецеденты, поддерживающие идею о том, что экономическое принуждение невозможно счесть незаконным, так как оно не является принуждением или насилием.

Но именно на экономическом принуждении строится управление производственной организацией, так как главное наказание и мотивация к подчинению в данном случае — это страх перед бедностью, имеющий весьма широкий диапазон — от страха перед банкротством до страха перед безработицей. Следовательно, отличие общего права, восходящего к обычаям наемных рабочих, от общего права, восходящего к обычаям торговцев и промышленников, заключается в тех практиках, при помощи которых рабочие пытаются добиться своих целей через защиту от экономической власти нанимателей.

Эти цели и обычаи весьма специфичны и существенно отличаются от целей и обычаев бизнеса. Прежде всего они происходят из отсутствия гарантий занятости, имеющего два аспекта: ограниченное предложение рабочих мест и контроль над этим предложением со стороны капиталистов. Из убеждения, что работы на всех не хватает, и знания о том, что хозяевами рабочих мест являются капиталисты, а не рабочие, происходит значительное число специфических идей и соответствующих обычаев. Одна из этих идей заключается в том, что индивид, у которого больше работы или который работает быстрее других, забирает себе их хлеб. Попутно возникает идея, что нужно увеличивать время работы, чтобы она длилась как можно дольше, а также делиться работой с другими; и это ведет к суровому порицанию и осуждению тех, кто нарушает данный обычай и отказывается связывать себя такими принципами солидарности в сфере ограниченных возможностей.

Эти идеи и обычаи рабочих прямо противоположны идеям и обычаям бизнеса, которые суды формулируют и систематизируют в течение почти трех столетий; скорее они напоминают об обычаях и идеалах предпринимательства того периода, когда оно вело борьбу с феодализмом при помощи небольших гильдий торговцев и производителей. Инициатива, предприимчивость, амбиции, индивидуальный успех противоположны принципам солидарности и честной конкуренции, характеризующим гильдии и профсоюзы; и, разумеется, суды понимают и санкционируют эти обычаи не в большей степени, нежели капиталисты. Они, если использовать терминологию Картера, рассматриваются не как «обычаи», но как «дурные обыкновения».

Индивидуальный успех состоит в продвижении из низшего класса в высший класс (из рабочих — в технический персонал, в управляющие, в капиталисты, в чиновники); при этом сложно различать два рода успеха: рост дохода благодаря вкладу в увеличение дохода других и получение большей доли из общего ограниченного предложения возможностей. Первое — это «успех», второе — «честная конкуренция». Успех состоит в возвышении над классом, честная конкуренция — в росте вместе с классом. Рабочий находится в двусмысленном положении. Если он увеличивает свою индивидуальную производительность труда, то, снижая меновую ценность произведенной им продукции, он уменьшает ту долю, которую его класс получает от совокупного национального продукта. Своим коллегам-рабочим он кажется «жадной свиньей», поскольку, увеличивая национальный продукт в целом и свое собственное вознаграждение, он уменьшает меновую ценность единиц этого продукта и тем самым снижает как долю своего класса в национальном продукте, так, в конце концов, и вознаграждение за свой труд.

Это возмущение рабочих «пронырами», «жадными свиньями», «штрейкбрехерами» есть практически то же самое, что и всем известное негодование бизнесменов на тех, кто резко снижает цены и занимается демпингом. Это — побочный эффект отделения труда от меновой ценности. Когда бизнесмены призывают своих рабочих «производить» и критикуют их за ограничение производства, они призывают их делать то, чего не делают сами. Бизнесмены, как и рабочие, обеспечивают производство, но для того чтобы поддерживать рыночные цены, они проявляют осмотрительность и производят товары в ограниченных количествах. Поэтому их обращенный к труду призыв производить больше продукции — это призыв снизить меновую ценность совместного продукта труда и капитала, занятых в данной области. И когда ценность снижается настолько, что доходов уже не ожидается, капиталист уменьшает объемы производства, увольняя рабочих. Таким образом, ограни-

чение производства практикуется и рабочими, и капиталистами, но в одном случае оно кажется «естественным» и потому уместным (в силу отсутствия доходов), а в другом случае выглядит произвольным, а потому необоснованным, так как ограничивает национальное богатство. Но для рабочего все выглядит иначе. Увольнения несправедливы, поскольку следует принимать во внимание возникшую ранее прибыль; а равномерное распределение трудовых усилий в течение года обоснованно, поскольку у рабочего нет сбереженной зарплаты, которая помогла бы ему преодолеть временную приостановку работы. ■

Такое различие во взглядах обусловлено различными психологиями, происходящими из различий в опыте, различными надеждами и страхами. Психология бизнеса спекулятивна: высокие доходы одного периода компенсируют потери другого периода (благодаря наличию резервных фондов, а также тому, что проценты и дивиденды выплачиваются в конце года). Психология рабочего, напротив, консервативна: высокая зарплата одного периода не покрывает отсутствие зарплаты в другое время. Рабочему некуда инвестировать свои сбережения, и у него нет мотивации для того, чтобы брать деньги в кредит, поскольку период безработицы может оказаться столь длительным, что у него не будет средств, чтобы расплатиться с долгами. Рабочий планирует свою жизнь на период в один день, а предприниматель — на период в один год. Спекуляция подрывает силу духа первого, но воодушевляет второго, и то, что кажется естественным и обоснованным, если оно воодушевляет, является противоестественным и несправедливым, если оно подрывает силу духа.

4. ИНДУСТРИАЛЬНОЕ УПРАВЛЕНИЕ

Как мы видели, точно такие же, как и упомянутые выше, ограничивающие и регулирующие правила характеризовали гильдии торговцев и промышленников в тот период, когда бизнес был слаб и боролся за место под солнцем с господствующим феодальным режимом. Когда суды общего права, начиная с 1599 г., стали бороться против «закрытых цехов» и правил «честной торговли» гильдий, те же самые суды (особенно реформированные суды справедливости) начали создавать право собственности на действующий бизнес, которое стало законодательством о добросовестной и недобросовестной конкуренции. Сегодня история повторяется, но на ином уровне. Как суды королевской прерогативы XVI и XVII вв. не могли понять и поддержать требования свободы и власти, выдвинутые мелкими, но агрессивными торговцами и промышленниками, которые не состояли в гильдиях, так и современные суды не могут понять и поддержать требования агрессивно настроенных рабочих

дать новое определение «свободе» и «власти». История повторяется, и Верховный суд берет под защиту свободу и власть бизнеса точно так же, как суды королевской прерогативы защищали привилегии монарха и его приближенных. Судебный запрет вновь начинает играть важную роль, хотя, казалось бы, он утратил свое значение тех пор, когда король Иаков поддержал лорда Элмера в его борьбе с Коуком и последний был отстранен от должности верховного судьи судов общего права. Тогда и аргументы, и прецеденты были на стороне Элмера и Иакова. Так и сегодня. И аргументы, и прецеденты — на стороне бизнеса, а та свобода и власть, которых требует себе труд, противоречат прецедентам точно так же, как свобода и власть, которых требовал себе бизнес, противоречили прецедентам феодализма, или королевской прерогативе, или специальным привилегиям гильдий, или общему праву сельскохозяйственной Англии. В наши дни прерогатива — это прерогатива бизнеса, а добивающееся признания общее право наших дней — это обычай лишенных собственности рабочих, развитые на их собраниях и на судах по трудовым спорам. Но если те старые суды общего права, упразднив цеховые привилегии гильдий, стали перенимать выработанные в гильдиях правила добросовестной конкуренции, то теперь суды, аннулируя цеховые привилегии союзов, не берут на себя защиту труда от «недобросовестного нанимателя». Совершенно очевидно, что необходим «новый суд справедливости», который будет защищать труд точно так же, как старый суд справедливости защищал бизнес.

Суд справедливости мгновенно реагирует на новые ситуации. Эта его гибкость проявилась, например, в предотвращении преступных действий, наказание за которые раньше осуществлялось только в рамках общего права и требовало приговора большого жюри. Приговор имеет характер наказания, а судебный запрет — это предупредительная мера, а потому он весьма эффективен в предотвращении забастовок, когда суд считает их незаконными.

Во многих случаях незаконность забастовок очевидна, поскольку она сопровождается насилием или угрозами применения насилия. При таких обстоятельствах суд, как, например, в деле Дебса²⁸, просто реагировал на запрос исполнительной власти и налагал запрет для того, чтобы санкционировать действия, которые так или иначе входили в ее обязанность. В других случаях решение о незаконности забастовки зависело преимущественно от мнения судьи о той публичной политике, которую требовалось осуществлять в данном случае, поскольку там, где никакого «принуждения насилием» не наблюдалось, единственное, чем профсоюз мог воздействовать на нанимателя с целью заставить его согласиться

²⁸ Debs. 158 U.S. 564. 1895. д. ...

с его требованиями, — это «принуждение мотивацией»²⁹, предполагающее использование экономической власти для причинения денежных убытков нанимателю. Если судья полагает, что в рассматриваемом деле общественная важность имущественных интересов нанимателя превышает общественную важность имущественных интересов рабочих, входящих в профсоюз, он налагает запрет. Но если судья придерживается противоположной точки зрения, он отказывается налагать запрет. Конечно, ущерб причиняется и в том, и в другом случае: либо профсоюзом — бизнесу нанимателя, либо нанимателем — рабочим местам трудящихся. Судья, представляющий государство, выбирает тот ущерб, который он считает более приемлемым для общества, и отвергает менее приемлемый или более тяжелый.

Именно к этому выводу пришел судья Холмс в одном из ранних дел, когда большинство членов Верховного суда штата Массачусетс одобрило судебный запрет, воспрещавший профсоюзу использовать «любую схему сговора» для оказания давления на других рабочих с целью удержать их от штрейкбрехерства. Судья Холмс, со своей стороны, считал, что профсоюзам следует запретить только употребление насилия и угрожать его применением. Он сказал следующее:

В значительном числе случаев закон санкционирует намеренное причинение временного ущерба, если этот ущерб является оправданным... Подлинными основаниями для вынесения судебного решения становятся в данном случае оскорбления политики и общественной пользы, и потому весьма поверхностны рассуждения о том, что решение может выноситься только на основании логики и общих правовых соображений, которые невозможно оспорить. Соображения, относящиеся к сфере публичной политики, редко принимаются единодушно и еще реже (если вообще когда-нибудь принимаются) могут рассматриваться как неоспоримое доказательство. Только специальная подготовка может позволить человеку сформировать сколько-нибудь здравое суждение о подобных вещах. На ранних стадиях развития права, во всяком случае, речь шла скорее об инстинктах, нежели об определенных идеях, которые могут быть объектом

²⁹ Сэр Томас Эрскин, защищая в 1787 г. лорда Дж. Гордона, который обвинялся в организации закончившейся беспорядками демонстрации (изначально Гордон планировал обратиться в парламент с петицией об отмене закона, частично эмансипировавшего католиков), сказал, обращаясь к суду: «Вы, должно быть, считаете, что лорд Джордж Гордон собрал этих людей с предательскими намерениями. Вы наверняка усматриваете в этом не просто приведшую к беспорядкам незаконную демонстрацию, не просто дерзкую и недостойную попытку оказать влияние на парламент, не просто принуждение его мотивацией, т.е. зрелищем гигантской толпы, единой в своих желаниях и требованиях, но также явное и недвусмысленное принуждение силой, т.е. враждебными действиями со стороны многих лиц, объединившихся в заговоре и мятеже и взявших в руки оружие...». См.: 21 How. St. Tr. 486, 594.

рациональной защиты... На протяжении столетий существовал закон, согласно которому любой человек мог открыть бизнес в городке, слишком маленьком для того, чтобы поддерживать более чем одно подобное дело, хотя тем самым он предполагал и намеревался разорить чей-то уже существующий бизнес и часто преуспевал в этом. Причиной было, конечно, общепринятое мнение, что свободная конкуренция для общества важнее, чем та цена, которую приходится за нее платить, а потому в определенных случаях нанесение ущерба может быть допущено... Если политика, лежащая в основе нашего законодательства, не может быть описана как «свободная конкуренция» в силу узости этого термина, то он может быть заменен на «свободную борьбу за жизнь»... Свободная конкуренция подразумевает объединение... С одной стороны, мы уже наблюдаем явное и могущественное объединение, поэтому необходимо и желательно объединение, с другой стороны, если только мы хотим, чтобы борьба была честной и равной³⁰.

Опять-таки, когда были расширены определения свободы и собственности, была расширена и сфера применения судебного запрета: с защиты просто прав собственности на защиту также и того, что раньше считалось личной свободой или гражданскими правами, а теперь стало правом собственности. В 1888 г. суд постановил: «Задачи и юрисдикция суда справедливости, хотя и могут быть расширены особыми законами, ограничены защитой прав собственности. Суд справедливости не имеет юрисдикции в области преследования, наказания или амнистии по уголовным делам»³¹. При этом цитировались слова, сказанные верховным судьей Суда королевской скамьи Хоултом в 1704 г., о том, что его суд будет «нарушать» любой судебный запрет, наложенный Канцелярией в связи с уголовными делами (которые тогда слушались в судах общего права), и «будет защищать все, что воспоследует из неподчинения этому запрету»³².

Однако когда определение собственности расширилось настолько, что стало включать право иностранца на работу и постоянную занятость, а Верховный суд получил полномочия объявлять неконституционным любой закон, нарушающий таковое право, возникла ситуация, когда в 1915 г. суд мог приостановить некий уголовный процесс в штате Аризона, заявив: «Юрисдикция суда справедливости существует для того, чтобы ограничивать уголовное преследование, осуществляющееся сообразно не соответствующим Конституции законам, когда предотвращение подобных случаев уголовного преследования оказывается важным для охраны прав собственности»³³.

³⁰ *Vegelahn v. Guntner*. 167 Mass. 92, 105, 107, 108, 1896.

³¹ В деле: *Sawyer*. 124 U.S. 200, 210. 1888.

³² *Holderstaffe v. Saunders*. S.C. 6 Mod. 16. 1704.

³³ *Truax v. Raich*. 239 U.S. 33, 37, 38. 1915.

Наконец, когда современные корпорации и современные профсоюзы вышли на национальный уровень, судебный запрет, обращенный против тысяч должностных лиц, наемных рабочих, участников и их сторонников (как корпораций, так и профсоюзов), без упоминания имен всех индивидов и без оповещения их повестками, фактически становится настоящим законодательным актом, таким же, как и любой из актов законодательной власти. Этот «общий» запрет, в конце концов, получил признание в результате простых шагов (от подразумеваемого оповещения всех представителей подпадающей под запрет стороны до формулы «все прочие лица, объединенные с ними в совместных действиях и т.д.»), которые могут быть прослежены на соответствующих примерах, но на которых сейчас не следует останавливаться³⁴. Достаточно будет обратить внимание на тот слабый протест, который, по мере развития процесса, заявляли несогласные судьи. Судья Харлан, имевший особое мнение по упомянутому выше делу *Standart Oil* (1911), сказал: «Суд своим решением, если толковать его на языке его собственного заключения, не просто отменил устоявшееся истолкование этого закона, но также узурпировал конституционную функцию законодательной ветви власти»³⁵.

Точно так же судья Колдуэлл, выразивший несогласие по делу 1897 г., заявил: «Суды справедливости не имеют полномочий в области уголовного права... Те, кто добивается признания этих полномочий федеральными судами, утверждают, что процедура судов справедливости — это более быстрый способ рассмотрения дел тех лиц, которые нарушают или угрожают нарушить закон, нежели обычные и устоявшиеся процедуры судов общего права; что она позволяет избежать задержек и сомнительных вердиктов суда присяжных, уменьшить расходы и обеспечить быстрое определение наказания. Быть может, это соответствует истине. Но здесь возникает логическая трудность: полномочия толпы приравниваются к полномочиям канцлера.... Для жертв этой упрощенной и неконституционной процедуры, может быть, и все равно, кто лишает их конституционных прав — толпа или канцлер. Но бесполезно скрывать тот факт, что это стремление к упрощению процедуры происходит из чувства неприязни к суду присяжных — к тому методу судопроизводства, который никогда не пользовался особой популярностью ни у богатой аристократии, ни у корпораций и трестов... Конституция Соединенных Штатов ставит непреодолимую преграду такому расширению полномочий... “Дела обо всех преступлениях, исключая те, которые преследуются в порядке импичмента, подлежат рассмотрению судом

³⁴ Amer St. & W. Co. v. Wire Drawers' Union. 90 Fed. 598. 1898; In re Reese. 107 Fed. 942. 1901; Union Pac. R. Co. v. Ruef. 120 Fed. 102. 1902; High. On Injunctions, par. 1443. 4th ed.

³⁵ Standard Oil Co. v. U.S. 221 U.S. 1, 83. 1911.

присяжных” (Конституция, ст. 3). “При всяком уголовном преследовании обвиняемый имеет право на незамедлительный и публичный суд беспристрастных присяжных” (там же, ст. 6)³⁶... Тогда для обоснования введения этих судебных запретов Конституция должна содержать следующие исключения из правила судопроизводства судом присяжных: “Исключая случаи объединения многих лиц ради общей цели, случаи профсоюзов и других трудовых организаций и случаи всех лиц с “ограниченными средствами”»³⁷.

С другой стороны, ответ на эти особые мнения и обвинения в узурпации был дан судьей Риксом³⁸: «Говорят, что для решения, вынесенного по этому делу, прецедента не существует. Но любое предписание или правило, известное судам справедливости, рождалось в экстренной ситуации, для того чтобы соответствовать новым условиям, и потому, в свое время, не имело прецедента». В свою поддержку он приводил следующие слова судьи Бруэра: «Я более чем убежден, что власть суда справедливости должна быть достаточно широка, а его процессы и процедуры достаточно гибки, чтобы соответствовать тому, что могут потребовать все усложняющиеся деловые отношения и защита прав».

Королевская прерогатива, которая таким образом была унаследована судами справедливости, не была абсолютной властью одного лица, и король не был лицом, стоящим над и вне всех групповых и частных интересов. Король был главой партии двора, партии придворных, феодальных лордов, членов гильдий, настоящих и ожидаемых держателей привилегий и монополий, полученных на основании королевской прерогативы. И суды королевской прерогативы исходно отличались от судов общего права именно тем, что являлись инструментом, при помощи которого члены этой партии выводили себя из сферы юрисдикции общего права, определявшего права и обязанности людей, которые не обладали привилегиями. Затем между судами королевской прерогативы и судами общего права возникло соперничество, но, в конце концов, оба суда были подчинены Конституции, после чего стало возможным создание общего коммерческого права — на основании того, что было сочтено здравыми обычаями предпринимателей.

Точно так же дело обстоит теперь с традициями труда и прерогативами капитализма и его представителей — директоров и начальников цехов. Те ограничения, которые рабочие налагают на свободную конкуренцию в интересах честной конкуренции, начинают браться

³⁶ Так в тексте: автор путает Шестую статью Конституции США и Шестую поправку. — *Примеч. пер.*

³⁷ Hopkins v. Oxley Stave Co. 83 Fed. 912, 921-940. 1897.

³⁸ Tol. A.A. & N.M. Ry. Co. v. Penna. Co. 54 Fed. 746, 751. 1893.

на вооружение нанимателями и вводятся в действие их управляющими, регулирующими трудовые отношения. Даже профсоюзы начинают участвовать в этом регулировании, защищая интересы труда, точно так же, как в свое время бароны и капиталисты достигли взаимопонимания с королем ради защиты собственности и предпринимательства. Общее трудовое право создается путем отбора здравых и отвержения дурных обычаев труда, а также путем лишения как профсоюзов, так и менеджмента власти самовольно распоряжаться трудом. В конституцию индустриального управления, таким образом, постепенно вносится следующая поправка: «Ни один наниматель не может лишить рабочего его рабочего места без должной процедуры производственного права, равно как и отказать рабочему в пределах своей юрисдикции в равной со всеми защите со стороны общего трудового права»³⁹. Даже статутное право вносит в это свою лепту, поскольку налагает на всех нанимателей обязанность по защите труда (компенсирующие выплаты при несчастном случае, заболевании, увеличении рабочего дня, неадекватном вознаграждении и необоснованном увольнении). Происходя из соглашения о заработной плате, конституция индустриального управления изымает все дела из области действия прерогативы менеджмента и самовольной власти профсоюзов и подчиняет мастеров, директоров и профсоюзных деятелей единой должной правовой процедуре, которая теперь становится руководящей для рабочих.

³⁹ *Commons & Associates. Industrial Government* (глава, посвященная «должной правовой процедуре», написанная Малькольмом Шарпом). 1921.

IX. *Общественная цель*

1. ПРЕДПРИЯТИЯ И ПОЗИЦИИ

Предшествующий исторический очерк, охватывающий период от норманнского завоевания до XX в., выявляет три исторические стадии эволюции англо-американской ценовой системы цен и их определения системы оценки: сельскохозяйственную, коммерческую и индустриальную. На каждом этапе происходила эволюция обычаев и их переформулирование правительством в действующие нормы. Обычай — это ставшие привычными сделки, которые обладают двумя измерениями — узаконенных сделок (между равными) и императивных (между высшим и низшим). Сельскохозяйственная стадия возникает из отношения землевладельца и арендатора, а сделки между ними определяют рентное соглашение феодальной системы. Коммерческая стадия возникает из отношения кредитора и должника, а сделки между ними определяют соглашение о цене. Индустриальная стадия — это отношение между нанимателем и наемным работником, а сделки между ними определяют соглашение о заработной плате и систему, основанную на вознаграждении за наемный труд. Если говорить об измерении императивных сделок, то на основании рентного соглашения возникла система конституционного правления, или суверенитета, а если говорить об измерении узаконенных сделок, возникли институты материальной собственности, личного равенства и свободы владельцев собственности. На основании соглашения о цене возникла банковская и финансовая системы, иначе говоря, власть денег с ее институтами невещественной и нематериальной собственности и с ее равной для всех свободой договора и обеспечением исполнения договора. На основании соглашения о заработной плате возникла, если говорить об измерении императивных сделок, система индустриального управления, а если говорить об измерении узаконенных сделок, возник институт занятости в промышленности с его свободой договора, не обеспеченного, однако, правовой санкцией.

Каждая из этих исторических стадий подразумевает тройственное расширение: в сфере экономики, юриспруденции и политики. В *экономике* происходит расширение от потребительной, или «реальной», ценности к меновой ценности, от производства и потребления — к покупке и продаже, от вещей — к ценам. Потребительная, т.е. «реальная», ценность физических вещей переносится с непосредственного контроля над землями, движимым имуществом и людьми на производство и потребление

богатства. Меновые ценности, или цены, возникают между первичными производителями и конечными потребителями благодаря разделению труда в национальном масштабе, кредитной системе и свободе договоров. На потребительной ценности основывался феодализм, а на номинальных ценностях, т.е. ценах, основываются капитализм и промышленная система. В области *юриспруденции* это расширение отразилось в расширении общего права: от защиты материальной собственности и физических лиц в эпоху насилия — к защите бизнеса и рабочих мест в эпоху мирной экспансии рынков. В *политике* — это массовые движения индивидов, организованные или неорганизованные, которые обусловили переход от прерогативы к суверенитету, от личного управления — к коллективному соглашению (сначала землевладельцев, торговцев и короля, затем корпораций и кооперативов и, наконец, нанимателей и наемных рабочих). Все это вместе сделало возможным дальнейшую (в XVIII и XIX вв.) эволюцию невещественной и нематериальной собственности, ценность которой состоит не в ее физическом использовании, но в действующем бизнесе и рабочих местах действующего предприятия.

На сельскохозяйственной стадии отношение владельца к рабу или крепостному отвечает примитивному пониманию собственности как исключительного держания и господства над физическим объектом для своего собственного употребления. Раб или крепостной был вещью, он не имел свободы выбора альтернативных возможностей, а потому отношение между ним и его господином было отношением вещи, которой владеют, и ее владельца. Но по мере того как признавалась и подпадала под защиту закона свободы выбора, эти отношения эволюционировали, проходя различные промежуточные этапы, и, наконец, достигли уровня современных отношений хозяина и слуги, нанимателя и наемного работника, начальника и подчиненного. Следствием этого стало не упразднение власти и подчинения, но свобода переговоров относительно тех условий и пределов, в которых осуществляется это подчинение. Наемный рабочий или служащий, конечно, уже не может продать свое физическое тело, которое несет в себе все его свободы, но он может продать свою добрую волю подчиняться приказаниям в оговоренных пределах. В этом отношении он продает часть своей свободы и подчиняется воле нанимателя или начальника. Те условия, на которых он продает эту часть свободы, — предмет убеждения или принуждения, поскольку он свободен продавать или отказаться от продажи; но как только он соглашается на продажу, отношения приобретают характер власти и подчинения.

Вторичное по отношению к этому — современное различие между служащим и наемным рабочим¹. Служащий имеет дело с другими людьми, а потому должен полагаться на убеждение и принуждение, поскольку эти

¹ Термин «подчиненный» может прилагаться как к первому, так и ко второму.

люди обладают юридически закрепленной свободой избирать альтернативы. Именно это отношение создает действующий бизнес. Наемный рабочий, напротив, имеет дело с физическими и животными силами природы, которые не рассматриваются как обладающие правами и свободами, и потому его отношение с ними аналогично отношению власти и подчинения, составляющему то, что мы определили как действующее производство. Но в любом случае и служащий, и наемный рабочий выполняют волю своего начальника или нанимателя, и ему по закону позволено делать выбор только в тех пределах, которые установлены соглашением или действующими нормами рабочего места или учреждения. Если он не подчинится — в рамках, которые предполагает его деятельность или рабочее место, — он поставит себя под угрозу увольнения или даже убытков.

Но если он подчиняется, то тогда — в соответствии с договором или с принципами действующего законодательства — он заявляет встречное обременение против своего начальника и нанимателя, касающееся часовой или поденной суммы вознаграждения за свои услуги. И в отношении невыплаченного вознаграждения он становится кредитором, а наниматель — должником. В этом смысле он на некоторое время становится инвестором в бизнес, ожидающим получения вознаграждения в назначенный день.

Таким образом, в трудовом праве произошла эволюция законодательства об обременении: от физической собственности (в смысле возможности физического удержания тела трудящегося для обеспечения принудительного выполнения всех приказаний) к нематериальной собственности добровольного подчинения, а также к той невещественной собственности, которой является право на вознаграждение.

Мы столь подробно рассматривали ранние дела о гудвилле и об авторском праве потому, что они показывают реальные этапы перехода от примитивного понятия материальной собственности к современному понятию нематериальной собственности.

Первым необходимым шагом стало рассмотрение конкуренции как своего рода причинение вреда. В том, что касается процессуального аспекта, этот шаг был сделан в 1580 г., когда общеправовой «иск о причинении вреда» стал распространяться не только на ущерб, причиняемый физическим насилием, но и, сначала, на ущерб, причиняемый обманом, а затем, при помощи права справедливости, «недобросовестной конкуренцией». Благодаря этому было создано и гарантировано право собственности: не как право на исключительное владение вещами, но как право на ожидаемую покупательную способность, приобретаемую благодаря будущим сделкам с клиентами. Материальные вещи, с их ожидаемой потребительной ценностью, стали нематериальными возможностями с их ожидаемыми ценами.

Следующим шагом было превращение этих ожиданий в предмет купли-продажи, наподобие вещей. Этот шаг был сделан в 1620 г., когда (по всей видимости, впервые) был узаконен добровольный отказ продавца от конкуренции с покупателем его действующего бизнеса и соответствующий договор был признан имеющим силу. Лицу теперь разрешалось продавать часть своей свободы точно так же, как оно могло продавать свою физическую собственность и, таким образом, превращать в активы и то, и другое.

Третьим шагом стало признание ожидания будущих сделок в качестве движимого имущества, удерживаемого исключительно для своего собственного употребления (как любой видимый участок земли или любое видимое движимое имущество). Это признание было осуществлено судом в 1743 г., когда доли в ожидаемых доходах были отделены от материальной собственности и переданы как недвижимое имущество душеприказчику лица, умершего без завещания, в соответствии с различными способами, которыми ожидаемые доходы, независимо от материальных вещей, уже добровольно продавались, покупались и передавались в качестве движимого имущества. Нематериальное ожидание будущего чистого дохода покупательной способности, получаемого от сделок, обрело, таким образом, столь же прочное юридическое основание, что и право собственности на вещи.

Одновременно с этим превращением физических вещей в ожидание покупательной способности возникла очевидная необходимость обращать их в ликвидные активы, так, чтобы они уподобились товару (лучше всего золоту), чтобы их можно было реализовывать на рынке настолько быстро, насколько возможно, в единицах законного платежного средства, являющегося мерой ценности. Поэтому происходит параллельное развитие, устанавливающее свободную обращаемость новых форм нематериальной и невещественной собственности сразу же, как только они появляются.

Так как эти различные формы нематериальной и невещественной собственности не могут быть созданы без учреждения новых юридических обязанностей и новых ограничений свободы индивидов, то постоянно возникали вопросы о том, каковы разумные пределы и продолжительность этих ограничений. Здесь появляется весьма тонкий спорный момент, так как гудвилл легко переходит в привилегию или монополию, поскольку все таковое является ограничением торговли, и только верное решение судьи может определить, где именно кончается гудвилл и начинается особая привилегия. Это хорошо понимал судья Паркер, который в 1711 г. произвел сравнение различных случаев ограничения торговли; и если общие принципы, тогда установленные, сохраняются вплоть до сего дня, то их применение меняется в зависимости от решений судов и законодательных органов, определяющих их надлежащие пределы и продолжительность.

Во всех случаях пережитки физического понятия собственности, сохранившиеся в понятии нематериальной собственности, порождали определенную двусмысленность. Данную двусмысленность всегда необходимо устранять, и один из шагов на этом пути — различение обоснованных и необоснованных ограничений торговли, которые происходят из расширения общеправового определения физической собственности. Примером такого различения может быть судебное решение об авторском праве 1774 г., отменившее предшествующее решение 1769 г. Было установлено, что аналогия с правом собственности на физические вещи не должна использоваться таким образом, чтобы на ее основании создавалось бессрочное исключительное право собственности на ожидаемый доход, получаемый благодаря бессрочному ограничению торговли; и, кроме того, было вынесено решение, что в случае, когда требуется установить временной предел праву собственности, данный вопрос должен регулироваться актами законодательной власти, а не судебным определением собственности.

В ходе слушаний вышеупомянутых дел некоторые судьи выражали особые мнения, указывая те пределы, в которых общеправовое определение собственности могло быть распространено по аналогии с владения физическими вещами для собственного употребления на владение ожидаемыми доходами для собственного употребления. Новая граница была проведена не по линии разделения субъективных идей и их внешнего воплощения в вещах или рукописях, но по линии, которая отделяет ту область, в которой, как предполагается, воля владельца может обладать исключительным контролем над другими лицами, от той области, где, как предполагается, эти лица обладают свободой выбора при взаимодействии с владельцем или его представителями.

Данный переломный момент, как мы видели, получает различное толкование в разных отраслях знания, хотя сами эти отрасли знания неотделимы друг от друга. Если говорить в терминах социальной психологии, то перелом происходит в момент перехода от власти и подчинения к убеждению и принуждению. Если говорить в терминах экономики, то перелом происходит там, где экономика (т.е. всего лишь соединение в определенной пропорции природных и человеческих факторов) начинает отличаться от расширения (т.е. распространения контроля на другие лица благодаря выбору возможностей и употреблению власти). А если говорить в терминах юриспруденции, перелом происходит там, где закон о неприкосновенности частной жизни, закон о конфиденциальности сообщений, или закон, который обязывал подчиненного, наемного работника или слугу исполнять волю хозяина, становятся законом, определяющим взаимоотношения «я», или «агента» с неограниченным кругом лиц, которые не связаны этими обязательствами неприкосновенности

частной жизни и подчинения приказаниям. Или, при объединении терминологии психологии, экономики и права, переломный момент — там, где позитивные обременения превращаются в возможности.

Этот исторический очерк демонстрирует, что различие между собственностью и договором переходило в различие между собственностью, обещаниями, и возможностями. Собственность, в своем изначальном смысле физического обладания, относится к физическим вещам; обещания — это ограничения свободы, на которые дают согласие все стороны; возможности — это альтернативы, наличествующие уже после достигнутых соглашений. Конституция Соединенных Штатов запрещает штатам вводить законы, «ведущие к нарушению обязательств по договорам». Но этот запрет в значительной степени отменяется правом на свободу, которое препятствует принуждению к исполнению обязательств, если таковое подразумевает подневольное положение лица. Например, законы запрещают заключение в долговую тюрьму, а также, в значительном числе случаев, вычеты из зарплаты и арест жилья; кроме того, существует законодательство о банкротстве. Эти законы освобождают должника от части его долга, делая тем самым невозможным принуждение к выполнению всех обязательств по договору. То же самое касается и регулирования в общественно значимых областях. Например, тарифные ставки могут быть изменены законодательной властью, даже если это изменение вступает в явный конфликт с договоренностями, заключенными ранее между государством и корпорацией или между корпорацией и постоянными клиентами. Когда слушались такие (или подобные им) дела, суды выносили постановления, что никакое обязательство по договору не может быть **выше** законной власти правительства или интересов общества. Поэтому, так как настоятельное принуждение к выполнению условий договора ограничивает свободу, считается, что там, где свобода важнее договора, свобода нарушать договор заменяет обязанность его исполнения.

Эти различия привлекают внимание к двум неотделимым друг от друга аспектам экономики, а именно к инженерной экономике действующего производства и экономике действующего бизнеса. Инженерная экономика имеет дело с физическими вещами мира, с отношением «человека и природы». Эта область, конечно, обладает теми же аспектами, что и область экономики бизнеса, и поэтому их не всегда отличают друг от друга. Она обладает экономическим аспектом, т.е. соединением в правильной пропорции сил природы или материалов для наилучшего употребления и использования. У нее есть аспект выбора между физическими объектами, и поскольку эти выборы совершаются по линии наименьшего сопротивления или наибольшей власти, они означают расширение контроля над природой в противоположность исключительно экономическому соединению в правильной пропорции отдельных

предметов в рамках этого контроля. Наконец, она обладает временным аспектом ожидаемого использования и употребления, побуждающим к действиям в настоящем.

Тем не менее отличительной чертой этого касающегося природы аспекта экономики, возможности, власти и ожидания является тот факт, что внешние объекты, даже если это человеческие существа, рассматриваются как не имеющие собственной воли. Они — просто инструменты воли одного лица, и потому в данном отношении та отрасль науки, которая имеет с ними дело, должна определяться как инженерная экономика, или научный менеджмент. Выше мы определили это отношение человека к природе как действующее производство с его производственной организацией.

Но совсем другая ситуация имеет место там, где эти вещи рассматриваются как обладающие волей, защищаемой правилами или принципами этики или права, поскольку в этом случае они наделяются теми отношениями прав, обязанностей, свобод и незащищенностей, которые составляют то, что мы определили как обременения и возможности, создавая таким образом действующий бизнес. И так как эти обременения и возможности определяются высшей властью, чья воля стоит выше воли всех вовлеченных сторон, то именно эта высшая власть превращает инженерную экономику, бизнес-экономику и научный менеджмент в политическую экономию.

Теперь можно понять и то, что произошло с понятием собственности. К исконному ее пониманию (как владения физическими вещами для самого себя) сначала добавилось обеспечение исполнения простых обещаний, и, таким образом, в начале XVI в. возникает в своем современном виде договорное право, или налагаемые на других позитивные обременения. Затем, в начале XVII в. добавляется законодательство о возможностях, или негативных обременениях, проистекающее частично из договора, а частично из деликта. В то же самое время произвольно употребляемая прерогатива монарха и его стихийная воля постепенно стабилизируются в форме конституционного правления, или действующих норм, выявляющих коллективную волю государства. Данный процесс завершился в начале XVIII в. принятием Закона о престолонаследии, после чего суды получили свободу, необходимую для того, чтобы преобразовывать при помощи судов справедливости деликтное и договорное право в их современную форму обременений и возможностей. Наконец, в середине XIX в. эта стабилизированная прерогатива завершает эволюцию той специальной привилегии, которой являются права корпорации, и, благодаря общим законам о корпорациях, делает доступным для всех привилегированное право объединяться на основании договора в действующее предприятие.

Благодаря такому делегированию суверенной власти собственность расширяется в самостоятельное индустриальное управление, которая трактуется как единое целое и даже как лицо, хотя является не лицом, но индустриальным управлением. Экономическая власть этого управления начала признаваться Верховным судом в конце XIX в. в ходе рассмотрения дел, касающихся общественных интересов и трудовых споров; но когда этой власти был брошен вызов со стороны другого индустриального управления, а именно профсоюза, также стремившегося к обретению суверенной власти и иммунитетов, среди членов суда произошел раскол. Большинство держалось недавно разработанной концепции собственности как единства собственности и свободы, нашедшей окончательное выражение в законодательстве о гудвилле, в то время как меньшинство видело в этом единстве проявление экономической власти.

Различие во мнениях сказалось и в определении собственности и области действия договора. Сами по себе физические вещи не обладают властью. Даже свобода выбора возможностей пассивна и недействительна. Но власть отказывать в предоставлении возможностей — это экономическая власть, а объединенная власть — это управление. Следовательно, когда свобода договора смешивается с собственностью, она добавляет к исключительному владению вещами свободу лиц. Эта свобода действует в нескольких направлениях свободы для объединения их собственности в индустриальное управление и для того, чтобы действовать как единое целое: не только при экономическом соединении в правильной пропорции их ресурсов, но также при выборе возможностей, обеспечении подчинения приказам, убеждении или принуждении и планировании ожиданий на неопределенное будущее. Свобода договора становится экономикой, возможностью, властью, предвосхищением и индустриальным управлением. Короче говоря, современное понятие собственности развилось на основании договорного и деликтного права: от владения вещами к контролю над предложением вещей через контролирование сделок лиц, которое подразумевает четыре типа личных отношений (покупателя и продавца, кредитора и должника, управляющего и управляемого, а также конкурентов). Собственность становится из физических вещей активами и пассивами, а свобода превращается из личной свободы в рабочие места действующего бизнеса, управляемым действующим предприятием.

Мы видели, что эти действующие предприятия могут классифицироваться по тому типу санкций или наказаний, которые применяются ими для обеспечения подчинения своих членов. Действующие предприятия суть не что иное, как организованные массовые движения, имеющие общую цель и общие правила, сконструированные таким образом, чтобы предприятие могло функционировать как единое целое. Каждое предприятие возникает из среды общества как некое целое в результате диф-

ференциации. В древности предприятия не отличались друг от друга, а потому не было различия между «государством», применяющим в качестве наказания физическое насилие, коммерческим предприятием, применяющим в качестве наказания банкротство и нищету, и культурным предприятием, применяющим в качестве наказания только порицание со стороны считающихся уважаемыми людей. Но после коммерческой революции в XVII в. коммерческие предприятия стали отделяться от политических благодаря отделению владения от суверенитета, а культурные предприятия отделились от них обоих благодаря вновь учрежденному принципу терпимости и свободы вероисповедания.

Любое предприятие — это, конечно, правительство, или управление, применяющее определенные санкции, а каждый индивид занимает позицию или рабочее место во многих правительствах, или управлениях. Он является гражданином в государстве; начальником, подчиненным, наемным работником, кредитором, должником — в коммерческом предприятии; отцом, сыном, братом, другом, товарищем и т.д. — в различных культурных предприятиях. Поскольку эти предприятия, с их групповой психологией, действуют как единое целое через своих служащих или представителей и поскольку, что самое главное, им необходимо устанавливать и навязывать общие правила, чтобы избегать споров и распада, то во всех таких предприятиях, начиная с древнейших времен и по сей день, формулируются общие цели и соответствующий набор действующих норм, обеспечивающих единство членов. Каждое предприятие обладает собственными санкциями, но их применение в каждом конкретном случае зависит от тех, кто осуществляет судебные функции. Следовательно, экономист должен искать цель предприятия, т.е. его «общественную» цель, именно в решениях тех, должностных лиц предприятия, которые выполняют судебные функции, истолковывая его действующие нормы. В англо-американском политическом предприятии эта общественная цель эволюционировала под именами «классификация» и «должная правовая процедура».

2. КЛАССИФИКАЦИЯ

Примечательная черта западной цивилизации — это возрастающий контроль над силами природы за счет роста населения при отсутствии какого-либо серьезного умственного развития индивидов. Если бы можно было перенести младенцев наших тевтонских предков из германских лесов двухтысячелетней давности в нашу современную цивилизацию, то они в течение своей жизни освоились бы в ней не хуже нас самих. Более того, можно предположить, что по мере роста эффективности действующих предприятий снижалась эффективность индивидов. За 100 лет население Соединенных Штатов увеличилось в 10 раз, а количе-

ство услуг для конечных потребителей увеличилось, вероятно, в 40 раз. Сто лет назад семь фермерских семей кормили восемь семей, а теперь семь фермерских семей кормят уже 21 семью. Тем не менее сомнительно, что фермеры и их работники стали умнее, чем они были сто лет назад. Наборщики в типографиях, если считать количество набранного ими за час текста, сейчас работают в 5 раз быстрее, чем 40 лет назад, но печатник как таковой менее эффективен, поскольку теперь он может изучить свою часть ремесла за три месяца, а не как раньше — за три года. Тем не менее печатник при поддержке профсоюза снизил за эти 40 лет продолжительность своего рабочего дня с 11-12 до 7-8 часов и удвоил свое жалованье, доходы владельцев типографий растут, изобретатели и производители линотипа стали богачами, цена газеты опустилась с 5 центов до 2 (при том, что газета в 2-3 раза увеличилась в объеме), а эффективность всей нации увеличивается за счет широкого распространения знания.

Сталелитейная индустрия стала примерно в 5 раз эффективнее, чем 40 лет назад, если смотреть по трудозатратам, но после того как профсоюзы сталелитейщиков были распущены, рабочий день был увеличен до 12 часов, а рабочая неделя — до 7 дней, рабочие стали невежественнее и менее эффективными; тем не менее в этом бизнесе были сколочены гигантские состояния, а другие отрасли национальной промышленности увеличили свою эффективность благодаря дешевизне и доступности стали. Мы можем привести множество других примеров, иллюстрирующих снижение эффективности отдельных индивидов и одновременное увеличение эффективности их всех вместе, с сопутствующим ростом их доходов, зависящим от способности присвоить большую долю в совокупной растущей эффективности нации.

То же самое происходило на всех этапах развития западной цивилизации, начиная от германских лесов времен Юлия Цезаря и заканчивая индустриальной Америкой 1923 г. Кажется, что природа прекратила развивать индивидуальные умы посредством борьбы за выживание в холодном климате и затем стала приумножать эффективность коллективного разума. Этот факт настолько впечатлил Карла Маркса, что он приписал весь исторический процесс общественной рабочей силе, для которой индивид — это только разум.

Это, безусловно, проистекает из той универсальной экономики природы, которая достигает удивительных результатов, лишь наилучшим образом меняя пропорции соединяемых факторов, без усиления каждого фактора в отдельности. Нация — это не просто сложение атомов, но умножение комплементарных факторов на ограничивающие. Но в данном случае эти ограничивающие факторы не слепы — каждый из них в отдельности имеет собственную цель.

Карл Маркс считал, что в каждый данный период существовало два класса: собственников, которые ничего не производят, и неимущих, которые производят все. Но в системе ограничивающих и комплементарных факторов, где каждый из них необходим для общего результата, хотя и в уменьшающейся пропорции сообразно своему предложению, такое упрощение недопустимо. Существует много классов — столько, сколько существует классификаций факторов, вносящих вклад в совокупное национальное богатство. В различные периоды при различных обстоятельствах один или несколько классов приобретали большую важность, чем другие, поскольку в данное время совокупный контроль над природой был относительно ограничен их способностью выполнять предназначенную им роль в совокупной экономике. Все прочие классы в этот период, вольно или невольно, отдавали первенство этому классу. Классы воинов и священнослужителей господствовали и почитались тогда, когда страх перед насилием был ограничивающим фактором для человеческого разума и парализовал все прочие способности. Когда страх перед насилием стал регулируемым, господство перешло к классу предпринимателей, поскольку страх перед нищетой (знание об избегании которой принадлежало только этому классу) стал фактором, парализующим эффективность нации. Когда страх перед нищетой стал регулироваться индустриальным управлением, в качестве ограничивающего фактора выступил рабочий класс, поскольку его нежелание трудиться в отсутствие явных угроз, а также яростное сопротивление принуждению к труду под страхом увольнения стали фактором, тормозящим развитие всего остального.

Таким образом, объединение факторов в национальной экономике — это не слепое объединение слепых сил природы, но соединение в определенной пропорции стимулов для добровольных или недобровольных действий лиц.

Начав с идеи Адама Смита о собственности, свободе, эгоизме, разделении труда и Божественном Провидении, экономическая теория разработала теорию механистического определения пропорций факторов, соответствующего закону спроса и предложения. Если производится слишком много какого-либо фактора, его ценность снижается, и его производители переключаются на другие продукты. А если этого фактора производится мало, то его ценность растет, и производители переключаются на него. Производители, ведомые «невидимой рукой», переключаются на ограничивающие факторы, ценность которых велика, и игнорируют комплементарные факторы, ценность которых незначительна, и, таким образом, определяет пропорции факторов, уравнивая доходы индивидов согласно «нормальному», или «естественному», или гармоничному стандарту зарплат, процентов или прибыли для каждого класса.

Тем не менее в такую механистическую экономику природы, как с сожалением отмечал Смит, активно вмешивается коллективная власть политической и индустриальной администрации. Протекционистские тарифы ограничивали предложение некоторых факторов и поднимали их цену. Налоги на имущество, на доход и на товары меняли цены и направления развития промышленности. Трудовое законодательство наложило бремя на нанимателей и изменило направление их деятельности, от которой они планировали получать прибыль. Большие корпорации фиксируют цены на товары и на труд, и индивид не может торговаться с ними — он либо принимает предложенные условия, либо отказывается от них. Профсоюзы, по закону или с дозволения правительства, вмешиваются в действие законов природы. Если бы собственность и свобода развивались так, как на то надеялся Смит, все могло бы пойти совсем иначе. Но даже его идеи собственности и свободы потребовали бы действий правительства по предотвращению того, чтобы индивиды владели собственностью большей, чем они физически могут использовать, и чтобы индивиды организовывались в корпорации и союзы.

Природная экономика продолжает действовать. Механизм не может преодолеть ограниченность ресурсов. «Спрос и предложение» невозможно устранить, поскольку они происходят из ограниченного предложения природных ресурсов и объединения человеческих усилий через разделение труда. Однако коллективное действие политических и промышленных администраций в значительной степени изменили пропорции ограничивающих и комплементарных факторов, а потому результат в масштабах нации получился совсем другой, нежели тот, который был предопределен природой, как ее интерпретировал Адам Смит.

Смит надеялся ограничить коллективную власть до минимума и тем самым наделить высшей властью индивида. Но вышло иначе. Богатство народов не было создано Французской революцией. Собственность и свобода этого периода были всего лишь временным результатом реструктуризации стимулов со стороны правительств, причем это изменение осуществлялось в соответствии с целями тех, кто контролировал правительства. Основателем англо-американской политэкономии был вовсе не Адам Смит, но Вильгельм Завоеватель. Адам Смит создал теорию, но экономику создал Вильгельм. Однако неверно было бы говорить, что к созданию теории причастен только один Смит, поскольку ее начало было заложено еще в предшествующую Республике эпоху Коукм, Литтлтоном, Селденом и другими теоретиками. Как Адам Смит отождествлял частное богатство и «общее благо», так и Вильгельм Завоеватель и его законники, как мы уже видели, отождествляли частную собственность короля с его суверенитетом. Вильгельм был обществом, и его «благо» было «общим», его частные цели были общественными целями, а его воля была коллек-

тивной волей. Вплоть до времен Республики понятие общественной цели четко не отделялось от частных целей суверена. Отделение собственности от суверенитета, частного богатства от «общего блага» произошло благодаря Закону о престолонаследии, в результате чего возникли две сферы: сфера, в которой конечной волей является воля индивида, и сфера, в которой конечной волей является коллективная воля. Первая сфера — сфера собственности; вторая — сфера суверенитета. Первая сфера — сфера частного богатства; вторая — сфера «общего блага», или Республики. Впрочем, сам термин «республика» по причине спорности того смысла, который вкладывался в него Кромвелем, постепенно заменялся другими: «общее благо», «общественное благосостояние», «общее право», «публичная политика» и «общественная цель».

Все эти термины обозначают практически одно и то же — различное структурирование стимулов для добровольных или недобровольных действий людей в соответствии с действиями коллективной воли. Некоторые классы подданных — торговцы, промышленники, фермеры-арендаторы, которые до тех пор не принадлежали к верхам общества, теперь могли использовать в своих интересах коллективную власть нации под именем «независимость»; под именем «свобода» они могли избегать обязанностей по отношению к землевладельцам и суверену; под именем «иммунитет» — избегать воздействия самой коллективной воли. Это было сферой частного богатства, получаемого индивидами в качестве доли от «общего блага», сферой собственности и свободы в качестве долей от общественной власти, сферой частной воли, предоставленной индивиду коллективной волей.

Хорошо известно, что за этим в Англии и в Америке последовало установление новых норм представительства. Расширение избирательных прав обусловило появление новых участников, формулирующих коллективную волю. Определения собственности и свободы были расширены таким образом, что стали включать как частную волю не имеющего собственности рабочего, так и коллективную волю корпораций и других действующих предприятий (при этом каждая воля определялась, поддерживалась и навязывалась коллективной волей нации). Таким образом, распределение касалось не собственности в физическом смысле земель и строений, но собственности и свободы в поведенческом смысле обременений и возможностей, ограничивающих и расширяющих сделки и ожидания лиц. Это было структурирование стимулов к действию, осуществляющееся при помощи наложения обременений по одним векторам и наделения возможностями по другим, всегда со ссылкой на то, что считалось «публичной политикой», или «общим благом».

Как говорил один английский юрист: публичная политика — «это непокорная лошадь, и если ты решаешь оседлать ее, то никогда не знаешь,

куда она тебя понесет»². Она, конечно, непокорная — ведь она живет скорее чувствами, а не логикой, сферой ценностей, а не сферой математики. Каждый индивид, каждый судья и каждое должностное лицо располагают своим, отличным от других набором привычек и эмоций, а эмоциональное переживание ценности и образует ядро индивидуальности. Весьма правильно, что у нас, как и в других местах, суды стараются не приближаться к этой непокорной лошади и пытаются обнаружить некие внешние правила, внедренные в природу вещей, не меняющиеся при изменении оценок. Однако при всем этом они не могут избежать осознанной или неосознанной, основанной на логике или на привычке оценки относительной важности затрагиваемых в данном конкретном случае человеческих интересов. Любая сделка в любом ее моменте оценивается судами с точки зрения общественной цели, как она ими понимается. Например, публичная политика требует, чтобы судебная власть решала, был ли договор заключен свободно и осознанно; но вопрос о свободе — вопрос об уровне принуждения, и определение свободы — это определение дозволенного давления, которое может быть употреблено для стимулирования к действию, и это определение пропорций допустимого убеждения и принуждения, приказания и подчинения зависит, в свою очередь, от относительной важности, приписываемой лицам и классам лиц.

Однако даже если договор был заключен свободно и осознанно, но при этом «обязывает сторону договора совершать нечто враждебное публичной политике государства или нации, или конфликтует с потребностями, интересами или господствующими чувствами людей, или нашим обязательствам перед миром, или противоречит нравам данного времени, — он недействителен, сколь бы торжественно он ни был заключен»³. «В каждом случае, если не находится прецедента, необходимо исследовать, нет ли в данном действии тенденции, вступающей в противоречие с общим интересом»⁴. «Если есть сомнение, какой закон подходит к данному случаю, судьи должны разрешать эти сомнения, исходя из возможных благих или дурных последствий их решения»⁵. Во всех случаях вопрос о том, должна ли коллективная власть оказывать помощь индивиду в обеспечении исполнения договоров, в конечном счете, становится вопросом об относительной человеческой ценности, приписываемой вовлеченным лицам или классам лиц.

То же самое верно и для ситуации, когда другие определяющие полномочия государства (как то: налогообложение, суверенное право

² *Burroughs J.* 2 Bing. 1824. P. 252.

³ *Greenhold.* Pub. Pol. I. 1886.

⁴ *Lord Lyndhurst.* 4 H. L. C. 161. 1853.

⁵ 4 H. L. C. 146. 1853; 3 Bing. 590.

государства на принудительное отчуждение частной собственности, регулирующая власть) используются законодательной властью для реструктуризации стимулов индивидов и классов. Так, налогообложение «не может производиться для достижения частных целей»; но оно всегда производится для достижения частных целей, и никак иначе, поскольку в результате происходят сокращение сферы свободы и независимости налогоплательщика и расширение сферы свободы и независимости всех тех, кто получает выгоду от налога. Поэтому вопрос должен ставиться не так; «Что такое частная цель в противоположность общественной цели?», но: «Есть ли частная цель *также* и общественная цель или она *не более чем* частная цель?». Будет ли поведение лиц, которые получили выгоду, выгодным также и для общества в аспекте самой этой выгоды? Являются ли они в этом отношении ограничивающим фактором при умножении богатства нации и следует ли увеличивать сферу их деятельности за счет ограничения сферы деятельности других? Оценивать ли их как часть общества применительно к данной конкретной сделке или как инструменты, осуществляющие волю частных лиц? Или, если использовать слова лорда Коука из судебного отчета по делу о монополиях, является ли «увеличение» их «имущества» «полезным для “общего блага”»?⁶. Будет ли частное богатство также и «общим благом»?

Таким образом, каждый индивид «общественно полезен» в той мере, в какой власть общества привлекается для защиты его интересов против интересов других, и «общественно бесполезен» в той мере, в какой эта власть употребляется против него в интересах других. Термин «общественно полезный» в последние годы стал использоваться для обозначения особой сферы частного бизнеса (например, железных дорог, шоссе, водоснабжения), которая подвержена влиянию общественных интересов. Но любой частный бизнес и любая частная деятельность подвержены влиянию общественных интересов в той мере, в какой коллективная власть защищает их от превосходящей власти других. Это современное значение выражения «общественно полезный» имеет своим источником, судя по всему, ту идею, что до определенного момента бизнес как таковой «общественно бесполезен» и поэтому его требуется выделить с целью наложения особых ограничений: на владельцев бизнеса нужно налагать новые обязанности по исполнению, уклонению или воздержанию в интересах того, что считается «обществом». На самом деле любой частный бизнес или занятие обладают качеством как общественной полезности, так и общественной бесполезности, в зависимости от текущих экономических и человеческих оценок. И именно благодаря ограничению — путем наложения новых обязанностей — поведения, которое

⁶П Co. 84 b (1601); см. главу VII, раздел 1, с. 249.

считается общественно бесполезным, противоположное поведение других лиц, считающееся общественно полезным, пользуется покровительством и освобождается от ограничений.

Действительно, ни общественная, ни частная полезность не пребывает в физических вещах. Она пребывает в ожидаемых сделках лиц, использующих физические вещи как инструменты для того, чтобы предоставлять услуги другим и, таким образом, получать ответные услуги. Если физические объекты, такие как действующие производства, и называются общественно полезными, то скорее всего лишь потому, что данную полезность образуют возможные или ожидаемые сделки их владельцев, работников, управляющих, и именно их ожидаемое поведение является полезным или бесполезным для общества. Владельцы посвятили свою собственность «общественной пользе». Тогда их работники и управленцы также посвятили свои способности общественной пользе. Во всех случаях их собственность — это их ожидаемая доля в национальном богатстве, приобретаемая за счет сделок с другими лицами. «Общество» в таком случае — это ожидаемые клиенты, или потребители предоставляемых услуг, и именно благодаря сделкам с ними они получают свою долю в «общем благе».

Нужно считать простой исторической случайностью, что эти виды бизнеса были классифицированы как общественный бизнес, отличный от частного. В начале развития современных рынков, как показал Адлер⁷, всякое лицо, которое «ради прибыли имело дело с любым другим лицом», отличалось от лиц, работавших только на себя или только на конкретного землевладельца или клиента, и потому считалось посвятившим себя служению обществу. Выражение «общественная занятость» обозначало занятость, обеспечиваемую «любим лицом», т.е. «обществом». Термин «общественный» обозначал в данном случае просто «бизнес» как отличный от работы на себя, землевладельца или хозяина, в силу чего выражение «частный бизнес» — это явное противоречие. Лицо, занимающееся предпринимательской деятельностью, нуждалось в новой и широкой поддержке со стороны коллективной власти, отличной от той поддержки, в которой оно нуждалось бы для осуществления деятельности, направленной исключительно на собственное потребление, и это обстоятельство влекло новые и расширенные взаимные обязательства общества, оказывающего помощь этому лицу. Вплоть до времени Адама Смита это понятие обязанности не подразумевало свободы, равно как не считалось, что свобода несет с собой незащищенность, и потребовалось еще сто лет для того, чтобы совершить следующий переход, — уже от свободы к обязанности.

⁷ *Adler E.A. Business Jurisprudence // 28 Harv. Law Rev. 1914. P. 135; Labor, Capital and Business at Common Law // 29 Harv. Law. Rev. 1916. P. 241.*

Но общество — это не обязательно все общество, им может быть отдельный индивид. Верховный суд постановил, что один-единственный фермер в штате Юта может использовать суверенное право государства на принудительное отчуждение частной собственности, чтобы получить достаточное количество воды для своего собственного употребления⁸. Но он был наделен этой властью не как индивид, но в связи с ожидаемой общественной пользой, которой он мог бы служить, умножая национальные ресурсы. Он был наделен этой властью как *класс* индивидов, хотя в данном случае он был единственным его представителем.

Общество — это не любой частый индивид и не классификация индивидов, но классификация видов деятельности внутри политического образования, которые считаются ценными для всего остального общества. Всякий, кто просто приходит и попадает в положение, в котором он может совершать действие, относящееся к данной категории, является обществом. Его частные интересы, после того как он попадает в такое положение, считаются совпадающими с общественным интересом. Когда правительственные чиновники признают это тождество интересов, тогда он наделяется определенной долей коллективной власти, которой он прежде не обладал, и соответственно на «общественно бесполезных» владельцев, налагающих неуместные ограничения на его деятельность, возлагаются обязанности исполнения, уклонения или воздержания, обязанности, которым они ранее не подчинялись.

Это — процесс классификации и реклассификации, соответствующий целям тех, кто находится у власти. Этот процесс развивается с каждым шагом экономической эволюции и с каждым изменением в чувствах и привычках людей, и он есть не что иное, как создание и изменение структуры стимулов для добровольных и недобровольных действий людей, сообразно тому, какой уровень сотрудничества между ними признается желательным. Действительно, классификация — это отбор определенного фактора, который считается ограничивающим, и расширение поля этого фактора за счет ограничения поля других ограничивающих факторов с целью добиться наибольшего совокупного результата от них всех. Это — процесс политической экономии, который является умножением того, что считается «общим благом», благодаря простому определению пропорций составляющих его факторов. Таким образом, когда желаемое материальное благополучие женщин и детей начинает считаться ограничивающим фактором национальной экономики, уменьшают их рабочий день или увеличивают минимальную заработную плату за счет наложения новых обязанностей на работодателей или родителей. В основании этого лежит уверенность в том, что это

⁸ Clark v. Nash. 198 U. S. 361. 1905.

новое распределение свободы или коллективной власти, независимо от других изменений в количестве труда или национальных ресурсов, или в эффективности каждого индивида, приведет к росту национального благосостояния. Так же обстоит дело и с другими решениями законодательной и судебной властей, которые определяют свободы для одних сторон за счет новых обязательств других сторон. Все это — классификация лиц по их предполагаемой общественной ценности с намерением изменения пропорций национальной экономики и увеличения, таким образом, «общего блага».

Законодательство нередко обвиняли в том, что государство не производит богатство, и производить его может только частная деятельность. Это обвинение, конечно же, верно. Законодательство просто классифицирует виды деятельности и создает структуру стимулов для производителей богатства. Все остальное делают индивиды. Но все это можно сказать о любой экономике. Экономика есть не более чем соединение в определенной пропорции факторов посредством ограничения одних и расширения других. Тем не менее совокупный продукт соединенных факторов значительно возрастает, если удастся найти наилучшую из возможных пропорцию, а если утверждается неудачная пропорция, то этот продукт исчезает. Главное занятие предпринимателя — это вовсе не работа своими руками, но соединение в правильной пропорции различных видов деятельности, материалов и машин: такое, чтобы в рамках наличных ресурсов и рынков определенные работы не получали бы избыточного количества ресурсов (и, соответственно, не растрчивались бы впустую из-за обесценивания), а другие, напротив, обеспечивались бы ресурсами полностью (и, соответственно, не растрчивались бы впустую из-за того, что становились бы слишком затратными сравнительно со своими задачами). То же самое касается и законодательства, и судебных решений. Они не дают ничего, кроме правильной пропорции в стимулах, а все остальное делают индивиды. Но они могут как растратить «общественное достояние» впустую, если пропорция неверна, так и увеличить его, если пропорция подобрана правильно.

Начиная со времени Елизаветы ограничивающими факторами считался, в общем и целом, «капитал», или, вернее, сбережения инвесторов и предпринимательские способности. Земля и труд считались комPLEMENTARными факторами, предоставляемыми природой, а инвестиции и предпринимательские способности — ограничивающими факторами, требующими того, чтобы власть государства привела их потенциальных владельцев к действию. Позже пришло понимание того, что значение подобной пропорции было преувеличено и что земля и труд — не просто силы природы, но существуют владельцы земли и владельцы труда, на стимулы которых воздействуют те самые законы, которые определяют

стимулы инвесторов и предпринимателей. Следовательно, труд, в различных его классификациях, стал рассматриваться как ограничивающий фактор и как таковой начал освобождаться при помощи наложения обязанностей и расширения незащищенностей землевладельцев, инвестиций и предпринимательских способностей. Во всех случаях принципом классификации становились удачные или неудачные пропорции поведения, созданные структурой стимулов к внесению вклада в то, что считается «общим благом».

Конечно, ответ на вопрос о том, служат ли эти различные распределения коллективной власти увеличению совокупного благосостояния, зависит от личного мнения, которое определяется тем, какую относительную человеческую ценность правительственные должностные лица в данное конкретное время приписывают тем, кто получает выгоды или, наоборот, обременения. Мнения сталкиваются, и нельзя ожидать, что тот, кто обременен, будет смотреть на этот процесс так же, как и тот, кто получает выгоды. Поэтому история англо-американской юриспруденции — это история попыток выработать фундаментальные принципы классификации, которые позволили бы осуществлять создание новых пропорций национальной экономики без чрезмерного нарушения прежних. Эта история резюмируется в наиболее насыщенном из известных юриспруденции термине «должная правовая процедура», которую Коук и Литтлтон отождествили с термином «закон страны», употребленном в Великой Хартии вольностей. Как говорил Литтлтон в прениях, предварявших принятие Петиции о праве 1628 г., «“Закон страны” для этой нации должен необходимо пониматься как должная правовая процедура, но не как закон страны в общем, ведь иначе его придется распространить на крепостных, которых мы называем вилланами и которые исключаются термином “свободный”. Действительно, нам известно, что общий закон страны позволяет землевладельцам заключать крепостных в тюрьму по собственному усмотрению, без всякого повода, и, таким образом, они отличаются от свободных людей только в отношении своего правового статуса, так как последние не могут быть брошены в тюрьму без причины». Таким образом «должная правовая процедура» становится тождественной не со всеобщим «законом страны», но с правом свободных людей. Это право гражданства, и поэтому граждане — единственные «лица», признаваемые правом.

Этот же термин появляется в американской Конституции и поправках к ней и употребляется в отрицательных контекстах. Ни федеральное правительство, ни правительство штата не может лишить граждан жизни, свободы или собственности без должной правовой процедуры или отказать кому-либо из граждан в равной для всех защите закона. Если переформулировать это в положительном контексте, то правительство

может лишить лицо жизни, свободы или собственности согласно должной правовой процедуре и при равной для всех защите закона. Другими словами, правительственные должностные лица ограничены как принципом должной правовой процедуры, так и принципом равной для всех защиты закона, но в этих рамках они могут изменять пропорции национальной экономики путем реклассификации лиц с целью передачи им того, что считается надлежащей долей в ожидаемых обременениях и выгодах «общего блага». Термин «должная правовая процедура» обозначает классификацию лиц сообразно тому, что считается их общественной ценностью. Должная процедура есть должная классификация, а классификация — это переформулирование действующих норм предприятий.

3. ДЕЙСТВУЮЩИЕ НОРМЫ ПРЕДПРИЯТИЯ

В истории правовых теорий во всех странах обнаруживается примечательная двусмысленность некоторых слов. Слова — это символы, или знаки, с помощью которых люди могут сообщить друг другу не только важные идеи, но и побуждение к действию. В истории англо-американской юриспруденции различение двух смыслов термина «закон» («справедливость» и «распоряжение»), осуществленное Остином, произошло довольно поздно⁹. Первое значение соотносится с нравственной идеей справедливого как противоположного несправедливому. Второе значение — это действующая норма предприятия, установленная официальной властью. Цель первого — достижение правосудия, цель второго — обеспечение подчинения приказам. Подобная двусмысленность имеется также и в латинском *jus*, немецком *Recht*, французском *droit*. Они означают справедливость и правоту как противоположность несправедливости и злу, или правила и нормы как противоположность отсутствию правил и норм.

Конечно, в этом соединении под одним знаком цели и процесса заключается определенная прагматическая выгода. Цель берет начало в намерениях доброжелательных или недоброжелательных существ: богов, демонов или людей; процесс — это только человеческое поведение. Если процесс можно оправдать ссылкой на благую или нравственную цель, то его уже нельзя заклеить как произвольную или деспотическую директиву суверена или собственника, что в иной ситуации могло бы спровоцировать неподчинение. В ранней истории любого предприятия оправдание происходит в соответствии с общепринятыми принципами получения неоспоримых властных полномочий от некоего

⁹ Austin J. Lectures on Jurisprudence. 5th ed. P. 100. Хотя Остина справедливо критикуют за невнимание к роли обычаев в возникновении права, тем не менее подобным образом могут быть разделены два значения терминов «правосудие» и «обычай».

высшего существа. Но там, где эта власть по той или иной причине подвергается сомнению, возникают философские дискуссии, которые вводят различие между целью закона и правовой процедурой. Конечно, это различие проявляется не сразу из-за двусмысленности самого термина «закон». Кант определял право, или закон (Recht), таким образом, чтобы этот термин включал в себя отвлеченную цель индивидуальной свободы и отвлеченный процесс всеобщего закона. Гегель добавил к кантовскому определению также и эволюционный процесс развертывания «идеи» свободы через развертывание «идеи» права¹⁰. Закон рассматривался не как действующие нормы предприятия, принятые участниками в мире ограниченных ресурсов в соответствии с принципом их нехватки, но как механическое развертывание идеальных понятий свободы, справедливости и права. Индивид понимался как «единица», свобода — как «цель», а закон — как «механизм». Но всякое предприятие должно иметь свои действующие нормы, которые являются законами этого предприятия. Их источник — в авторитете, традициях, привычках, инициативах и т.п. Это — общее право, статутное право и право справедливости данного предприятия. Государство, коммерческое предприятие и культурное предприятие подобны в своей зависимости от этих действующих норм, а различие заключается главным образом в типе санкций (физических, экономических, моральных), которые могут быть использованы в порядке принуждения к следованию данным нормам. Разъяснение норм и принуждение к их исполнению создают полный набор прав, обязанностей, свобод и незащищенностей любого члена данного конкретного предприятия, занимающего в нем свое определенное место.

Развитие этих норм — исторический процесс, который осуществлялся путем решения споров между членами предприятия, и именно это развитие решений делало необходимым (во все времена, но особенно в эпохи великих экономических и социальных изменений) проведение различия между целью действующих норм и процессом их создания и принуждения к их исполнению. Изменение было произведено американскими судами посредством изменения определения «должной правовой процедуры». Это изменение осуществлялось в течение последних сорока лет параллельно с изменением определения собственности и свободы. Если мы зафиксируем это изменение в понятии действующих норм применительно к такому осуществляющему принуждение предприятию, как государство, то мы сможем понять сходные процессы в производственных и культурных предприятиях.

До Гражданской войны «должная правовая процедура» означала только *правильно проведенный процесс*. Теперь это выражение означает также *должную цель применения закона*. Изменение в определении было

¹⁰ Cp.: Pound R. Interpretations of Legal History. 1923. P. 28, 46.

внесено в ходе слушаний по знаменитому делу *Hurtado v. California*¹¹ вопреки протесту судьи Харлана, сохранявшего приверженность старому определению. Согласно общему праву, «закону страны», обвинение по преступлениям, влекущим за собой смертную казнь, может быть предъявлено только большим жюри. Штат Калифорния изменил эту процедуру, постановив, что для этого достаточно лишь устного заявления окружного прокурора. Хуртадо был обвинен в убийстве не большим жюри, но окружным прокурором. Верховный суд постановил, что «должная процедура», древний «закон страны», не требует никакой «особой процессуальной формы». Таким образом, слушавший дело суд был признан полномочным, а само судебное разбирательство — законным как в том, что касается предоставления суду всех необходимых фактов, так и в том, что касается следования «фундаментальным принципам свободы и справедливости», для которых процедура — не более чем инструмент. Закон, заявил суд, приводя слова Дэниэла Уэбстера, это «общий закон, требующий сначала выслушать и лишь затем осудить, сначала произвести судебное разбирательство и лишь по итогам процесса вынести решение», чтобы «каждый гражданин чувствовал, что его жизнь, свобода, собственность и иммунитет находятся под защитой тех общих правил, которые управляют обществом»^{11 12}. В той степени, в какой процедура признается необходимой для этих общих целей, она находит выражение в том минимуме процессуальных действий, с помощью которых суду могут быть представлены все факты (включая возможность обвиняемого прибегать к услугам адвоката, все необходимые уведомления и утвержденные методы судебного расследования).

Еще до дела Хуртадо слушалось дело, в котором подробно обсуждалось значение термина «должная правовая процедура»¹³, и тогда суд решил придерживаться исходного понимания этого термина. Суд отметил, что в самой конструкции фразы, содержащейся в Конституции, нет ни описания процедуры, ни разъяснения принципов, которым она, разрешая или запрещая, должна следовать. Тем не менее было заявлено, что «слова “должная правовая процедура”, несомненно, соответствуют выражению “по закону страны”» и что существует различие между «законной процедурой» и «должной процедурой». «Конечно, рассматриваемый судебный приказ являет собой “законную процедуру”, — заявил суд, — поскольку он был издан в полном соответствии с актом Конгресса. Но можно ли сказать, что он представляет собой “должную правовую процедуру”?»¹⁴ Речь шла о чиновнике исполнительной власти, выполняв-

¹¹ *Hurtado v. California*. 110 U.S. 516. 1884.

¹² *Hurtado Case*. P. 535-536.

¹³ *Murray's Lessees v. Hoboken, etc.* 18 How. 272 (1855). Cp.: *McGehee. Due Process of Law*. 1906. P. 23.

¹⁴ *Ibid.* 18 How. 276.

шем судебные функции согласно упрощенному производству, без уведомления и без слушания, только на основании акта Конгресса, таким образом, что «взыскание долга в пользу правительства было осуществлено правительственным же чиновником». Вопрос заключался в том, является ли такой арест имущества представителем исполнительной власти, без всякого слушания в суде, «должной правовой процедурой». Отвечая на этот вопрос, суд просмотрел все традиции и статуты Англии и ее колоний и выяснил, что для сходных случаев известны аналогичные действия исполнительной власти. Таким образом, было установлено пусть и не фундаментальное, но все-таки различие между подобными и обычными случаями: хотя частные лица и не могут быть лишены собственности без судебного разбирательства, но «крайняя необходимость» проводит процессуальную границу между иском против них и иском против тех, кто задолжал правительству, и с кого взыскивает долг сборщик налогов (275, 278). Итак, сутью этого дела было проведение разграничительной линии между законодательной, исполнительной и судебной ветвями федерального правительства; и в нем было признано, что «должная правовая процедура» — это обычай, существующий с незапамятных времен.

Таким образом, в заключении по делу муррейских арендаторов (1855 г.) имели место попытки определить смысл «должной процедуры», как ее понимали создатели Конституции. Для этого суд обратился к поиску свидетельств того, что применение «должной процедуры» указанным образом не было необычным для политической и гражданской жизни страны¹⁵, и выяснил, практиковалась ли она колонистами после начала освоения этой страны и даже после принятия самой Конституции. Этому методу следовали и в дальнейшем. Так, в 1896 г. суд заявил: «Является ли процессуальный метод, предписанный данным статутom и употребленный в данном деле, должной правовой процедурой, зависит от того, согласуется ли этот метод по существу с законом и практиками Англии до провозглашения независимости нашей страной и со сходными случаями в нашей стране после того, как она стала независимой»¹⁶. Но в 1876 г. суд заявлял о другом подходе, отмечая, что хотя общее право и предписывает определенные процессуальные формы, «никакое лицо не обладает ни собственностью, ни признанным правом ни на какую норму общего права. Это только одна из форм национального права, являющаяся не более священной чем любая другая»¹⁷.

Но в деле Хуртадо (1884) вопрос стоял о том, может ли законодательное собрание штата обходиться без большого жюри, избранного из на-

¹⁵ Речь идет об Австралии. — *Примеч. пер.*

¹⁶ *Lowe v. Kansas*. 163 U.S. 81, 85. 1896.

¹⁷ *Munn v.* 111.94 U.S. 113, 134. 1876.

рода, т.е. без самой важной составляющей общего права, защищающей граждан от произвола государственных чиновников, и может ли преследование за убийство осуществляться исключительно на основании устного заявления прокурора. В данном случае суд расширил смысл выражения «должная процедура», включив процессуальные моменты, которых не было в «обычной практике» Англии или Соединенных Штатов. Объясняя свою позицию в деле муррейских арендаторов, судья Мэттьюс отметил, что, хотя процедура в данном случае носила исключительный характер, «если сравнивать ее с определениями и принципами обычной процедуры», тем не менее «она с незапамятных времен является законом страны и, следовательно, должной правовой процедурой». Однако, как заявил суд, «из этого никоим образом не следует, что должной правовой процедурой не может быть что-то другое». Большое жюри необходимо для федеральных судов согласно тому, что оно непосредственно упомянуто в Пятой и Шестой поправках к Конституции, а основной вопрос по делу Хуртадо состоял в том, необходимо ли большое жюри также и для судов штатов согласно пункту о «должной правовой процедуре» из Четырнадцатой поправки. Суд в мотивированном судебном решении, представленном судьей Мэттьюсом, пришел к следующим выводам¹⁸:

1. Если мы проследим английские обычаи и традиции начиная с незапамятных времен, мы обнаружим среди них такие, которые раньше считались оправданными, но с современной точки зрения являются жестокими и основанными на суевериях. «Поэтому лучше не заходить так далеко в древность ради наилучшего сохранения наших древних свобод».

2. Кроме Англии существуют и другие страны, в которых есть «идеи и процедуры гражданского судопроизводства», а «характерным принципом общего права было то, что оно находило источник вдохновения в любой правовой традиции».

3. Если мы обратимся к Великой Хартии вольностей, то увидим, что она не содержит в себе ничего, что может быть с полным на то основанием истолковано как «всеобъемлющий свод общего права и законодательства»; король подписал Хартию под давлением баронов, преследовавших свои частные цели, а потому она не содержит никаких норм, защищающих всех остальных людей от их произвола. Таким образом, «власть Парламента по отношению к общему праву была абсолютной вопреки всеобщим правам и здравому смыслу». Но «в нашей стране» писанные конституции защищают права и свободы всех людей от «всех ветвей правительственной власти: как законодательной, так и исполнительной и судебной».

¹⁸ Hurtado v. California. Ibid. 528-535.

4. Определенные процессуальные формы и модели, которые в Англии могут использоваться для ограничения исполнительной власти в общем и в частностях, могут оказаться вредными, когда они препятствуют «справедливому и необходимому употреблению законодательной власти». Конечно, данные ограничения могут быть наложены на законодательную власть судом, но только в том случае, если Конституция предполагает «прямые и явные запреты и ограничения».

5. В других случаях, когда Конституция предполагает только «общий принцип, или максимум, основанный на неотъемлемом основном свойстве права как справедливого и обоснованного выражения воли общества и правительства, установленного с согласия народа и для всеобщего блага», эти древние процессуальные формы «могут прилагаться только к случаям, которые полностью отвечают их духу и целям, но не к процессуальным аспектам законодательства, которые всего лишь определяют формы и модели судопроизводства».

6. Но законодательная власть не является абсолютной и деспотической. «Закон — это нечто большее, чем просто воля, осуществляющая акт власти». Используя упомянутую выше терминологию Уэбстера, суд исключил из понятия «должная правовая процедура» парламентское осуждение виновного в государственной измене, законы о наказании за преступление, не караемое смертной казнью, без проведения обычного уголовного процесса, законы о конфискациях, законы, отменяющие судебные решения, законы, по которым имущество одного человека переходит к другому без судебного разбирательства, решения и директивы исполнительной власти, а также «все подобные особые, частные и произвольные случаи употребления законодательной власти».

7. По этой причине право развивается: оно может отказаться от старой процедуры и применить новую, соответствующую новым условиям. Процедура как таковая — это не более чем воплощение для данного времени фундаментальных принципов личной свободы и индивидуального права. «Отсюда следует, что любая правовая процедура, узаконенная государственной властью, вне зависимости от того, санкционирована ли она древностью и обычаем или просто разработана законодателями с оглядкой на общественное благо, если она следует названным принципам свободы и справедливости, должна считаться должной правовой процедурой», а должной правовой процедуры «следует придерживаться не таким образом, чтобы гарантировать ее частные формы, но чтобы сохранять саму сущность индивидуальных прав на жизнь, свободу и собственность». Отнюдь не частные процессуальные формы образуют наши гражданские и политические институты, но «те фундаментальные принципы свободы и справедливости», которые лежат в их основе.

Судья Харлан выразил принципиальное несогласие¹⁹ с этим мнением судейского большинства, показав, что в английской судебной практике невозможно найти ни одного случая, когда вопрос стоял о жизни ответчика, а большое жюри при этом не созывалось. Суд не просто допустил изменения в нормах общего права: он вообще упразднил их в отношении требования должной правовой процедуры. Харлан провел различие между «равной для всех защитой» и «должной процедурой». Признавая принцип общих для всех законов, которые таким образом сохраняют «равную для всех защиту», он считал, что подобная аргументация ведет к отказу от суда присяжных, если общие законы прилагаются равным образом ко всем преступлениям, караемым смертной казнью. «Весьма трудно, — заявил он, — понять что-то о системе уголовного преследования за преступления, карающиеся смертной казнью, на основе той информации, что страна, которая приняла ее, ступила на путь прогресса и развития уголовно-процессуального права» (553).

Но, невзирая на протест судьи Харлана, в определение «должной правовой процедуры» была внесено значительное и существенное изменение. Теперь она стала не «должной процедурой», но «должной целью». Термин «процедура» стал обозначать долженствующее, отрегулированное поведение судов, а термин «цель» — общественную цель, на достижение которой, как предполагается, направлено это поведение. Это различие очевидно во всех тех делах, в которых после дела Хуртадо затрагивался вопрос о значении «должной правовой процедуры». Одним из важнейших аспектов этого различия стало четкое разграничение права собственности и личного права — первое соотносится с меновой ценностью собственности, а второе — с правами, которые не имеют непосредственного отношения к меновой ценности, или цене. В некоторых аспектах права собственности считаются более важными, в других аспектах более важными считаются личные права, а различие мнений между судьями — это, по большей части, расхождение в том, что в данном конкретном случае важнее для *должной цели* закона. Это различие станет очевидным в приведенных далее мнениях судейского большинства и меньшинства.

В ходе слушаний по делу Хуртадо было установлено, что большое жюри необходимо для федеральных судов, но из этого не следует, что оно требуется для судов штата. Согласно Седьмой поправке никто не должен привлекаться к ответственности за серьезное преступление в федеральном суде иначе как по обвинительному акту, вынесенному большим жюри. Эта поправка в столь многих словах включила общеправовую процедуру в федеральную Конституцию. Четырнадцатая поправ-

¹⁹ Hurtado v. Cal. 538-553.

ка могла бы распространить ту же процедуру и на суды штатов, если бы Верховный суд определил должную правовую процедуру как должный правовой процесс. Однако суд определил ее как *должную цель*, а потому суды штатов получили возможность упразднить или модифицировать общеправовую процедуру, хотя на федеральном уровне такой свободы не наблюдается. После дела Хуртадо предсказания судьи Харлана начали сбываться. Путь к этому суд подготовил еще в 1875 г., постановив, что Четырнадцатая поправка не требует того, чтобы первые десять поправок (которые затрагивают процессуальные аспекты и составляют федеральный билль о правах, основанный на общем праве) действовали на уровне штатов. Так, Седьмая поправка гарантирует право на суд присяжных в федеральных судах, но в указанном году Верховный суд постановил, что это не касается гражданских дел, слушающихся в судах штатов: «Штатам позволено регулировать судопроизводство в своих судах по своему усмотрению»²⁰.

Право на суд присяжных представляло собой право на суд, осуществляемый жюри из двенадцати лиц, и именно в таком виде суд присяжных гарантировался Седьмой поправкой на федеральном уровне. Но в 1900 г. суд постановил, что обвинение и приговор о лишении свободы сроком на 18 лет, вынесенный судом штата на основании устного заявления прокурора и решения жюри из восьми, а не двенадцати лиц, не лишало ответчика «равной для всех защиты закона» и «должной правовой процедуры»²¹. С этим вновь не согласился судья Харлан. Он заявил: «Если еще до принятия Четырнадцатой поправки это было одной из привилегий и иммунитетов гражданина Соединенных Штатов..., то как теперь гражданин Соединенных Штатов может быть судим... восемью присяжными, если поправка открыто говорит: “Ни один штат не должен издавать или применять законы, которые ограничивают привилегии и иммунитеты граждан Соединенных Штатов”»²². Ссылаясь на предшествующие решения по делам о железных дорогах и налогообложении, когда суд наложил вето на попытки законодателей штата регулировать и облагать налогом частную собственность²³, судья Харлан заявил: «Итак, если гарантированная Четырнадцатой поправкой “должная правовая процедура” не позволяет государству изымать частную собственность без справедливого возмещения, но при этом позволяет отнимать жизнь и свободу гражданина способом, противоречащим устоявшимся практикам и процедурам, узаконенным еще во времена принятия Конститу-

²⁰ Walker v. Sauvinet. 92. U.S. 90. 1875.

²¹ Maxwell v. Dow. 176 U.S. 581. 1900.

²² Maxwell v. Dow. 176 U.S. 612.

²³ C., B. & Q. R. Co. v. Chi. 166 U.S. 226. 1896; Norwood v. Baker. 172 U.S. 269. 1898.

ции и, более того, ясно запрещенным Биллем о правах, то, как представляется, защита частной собственности куда важнее, чем защита жизни и свободы гражданина»²⁴.

В 1904 г. суд постановил, что норма общего права, которая должна, согласно Шестой поправке, соблюдаться в федеральных судах (а именно, что ответчики по уголовным делам имеют право на очную ставку со свидетелями и не могут быть осуждены на основании только письменного свидетельства), «неприменима к процессам в судах штатов», если все обвиняемые по всем делам одинаково лишены этого права²⁵. С этим судья Харлан также не согласился.

В 1908 г. суд постановил, что свобода от принуждения к даче невыгодных для себя показаний, гарантированная Пятой поправкой в федеральных судах, не распространяется на суды штатов, допустив, что дача невыгодных для себя показаний может учитываться, если она учитывается в делах всех ответчиков при сходных обстоятельствах²⁶. Судья Харлан вновь выразил несогласие, заявив: «Когда я читаю это решение суда, я вижу, что из лежащих в его основе принципов и из приведенных в нем аргументов следует, что Четырнадцатая поправка уже не может быть препятствием для законов или практик штата, которые предполагают, например, жестокие и необычные наказания (такие как тиски, дыба или сожжение на костре). И то же касается закона штата, посягающего на право свободы слова, или на запрет необоснованного обыска и ареста лиц, их домов, бумаг и любого имущества, или закона, позволяющего тем, кто осуществляет судебное преследование, подвергать одно и то же лицо двум или более наказаниям за одно и то же преступление»²⁷.

В 1915 г. Верховный суд отказал в судебном постановлении о доставлении в суд лица, содержащегося под стражей, для выяснения правомерности содержания его под стражей (*habeas corpus*) по апелляции ответчика, обвиненного в убийстве в суде штата, который ссылаясь на то, что толпа в зале суда оказывала воздействие на суд и присяжных, а сам он не был допущен к присутствию на части слушаний. Основанием этого решения Верховного суда было то, что Верховный суд штата уже слушал это дело и отказал в постановлении. «Поскольку, — заявил суд, — штат может отказываться от суда присяжных, он может также исправлять ошибки, допущенные в ходе судебных слушаний, и позволять заключенному уклоняться от явки в суд»²⁸. Линия, которой следовал судья Харлан, умерла вместе с ним, и теперь несогласие выразили судьи Холмс и Хьюз,

²⁴ Maxwell v. Dow. 176 U.S. 614.

²⁵ West v. Louisiana. 194 U.S. 258. 1904.

²⁶ Twining v. New Jersey. 211 U.S. 78. 1908.

²⁷ Ibid. P. 125.

²⁸ Frank v. Magnum. 237 U.S. 309. 1915.

которые, указав на то, что федеральный Верховный суд только что отменил решение верховного суда штата по делу о правах собственности²⁹ (в котором тот держался *формы* должной процедуры и равной для всех защиты, но не их *содержания*), добавили: «Мы не видим никакой причины для принятия менее либерального законодательства, касающегося вопросов жизни и смерти... Сохранение неприкосновенности [местных судов от внешнего воздействия толпы] может потребовать того, чтобы в делах, подобных этому, мы отстаивали главенство закона и федеральной Конституции... Мы сейчас обязаны поддержать их, объявив суд Линча незаконным, независимо от того, осуществляется ли он избираемым на регулярной основе судом присяжных или неким одним лицом, избранным жаждущей крови толпой»³⁰.

Вышеназванные дела, начиная с дела Хуртадо 1884 г. и заканчивая делом Франка в 1915 г., показывают, сколь различное значение придавалось «должной правовой процедуре», когда она применялась к деятельности федерального правительства согласно первым десяти поправкам и когда она применялась к деятельности правительств штатов в соответствии с Четырнадцатой поправкой. Федеральные суды по федеральным делам придерживаются общеправовой процедуры, а штатам позволяет изменять и даже упразднить ее.

Это различие в значении проявилось, как мы уже видели, во мнениях судейского большинства и меньшинства в делах о скотобойнях 1872 г., и в конце концов данная двойственность была зафиксирована в единодушном решении по делу Олгейера 1896 г. В делах о скотобойнях большинство членов Верховного суда отказались от определения «должной правовой процедуры», используемой в Четырнадцатой поправке, оставив на усмотрение федерального правительства вопросы защиты собственности и свободы договора от законодательных актов штатов. Этого определения суд придерживался в делах, касающихся уголовного судопроизводства, когда затрагивались права на жизнь и личную свободу, оставляя на усмотрение штатов вопрос о регулировании судебных разбирательств по всем остальным уголовным делам. Но в делах, касающихся права собственности, как мы уже видели, использовалось другое определение «должной правовой процедуры», данное впервые в деле о миннесотских тарифах (1890). Тогда суд постановил, что «должная процедура» означает правильную *цель* и что, даже если собственно процедура полностью соблюдена, федеральные суды должны обладать полномочиями для оценки того, обоснованно ли корпорация была лишена некоей ценности своей собственностью. Должной должна быть не только процедура, но и *цель*.

²⁹ Simon v. So. Ry. Co. 236 U.S. 115. 1915.

³⁰ Ibid. 237 U.S. 347, 349-350.

Эта позиция окончательно оформилась и была закреплена в деле *C. B. & Q. Ry. Co. V. Chicago* (1896)³¹, слушавшемся одновременно с делом Олгейера, когда было вынесено решение о том, что свобода договора является собственностью. По первому из названных дел суд постановил, что «должная процедура» в делах о правах собственности заключается не просто в должном процессе, включающем уведомление и слушание, но также подразумевает соблюдение затрагиваемых в этих делах интересов собственника. Определение «должной процедуры», данное в этом деле, было сформулировано МакГихи следующим образом: «Применение ко всем одинаковых законов в согласии с установленными нормами, не нарушающее установленные права, осуществляемое компетентным судебным органом, обладающим полномочиями в этом деле и ведущим процесс, включающий уведомление и слушание»³². Это определение, впрочем, не вполне адекватно, поскольку оно использует терминологию *процесса* и упускает новое значение *цели*, сформулированное судом. Таким образом, определение должно выглядеть так: «должная правовая процедура» — это применение ко всем одинаковых законов в согласии с установленными нормами, не нарушающее установленные права, *которые суд считает важными*, осуществляемое компетентным судебным органом, обладающим полномочиями в этом деле и ведущим процесс, включающий уведомление и слушание.

Исходя именно из этого исправленного определения суд в 1896 г. произвел окончательные изменения в определении «должной процедуры» по делам о правах собственности, точно так же, как в том же году в деле Олгейера были произведены окончательные изменения в определении собственности и свободы. После дела Олгейера «свобода» стала обозначать свободу бизнеса покупать и продавать, а после дела железной дороги «должная процедура» стала пониматься как обоснованная ценность покупаемой и продаваемой собственности. Ничто из этого более не оставлялось на усмотрение штатов.

Таким образом, окончательно сложилось двоякое значение понятия «должная правовая процедура». В делах, касающихся прав собственности, это выражение стало означать как *важную цель*, так и *процесс*, а в делах, затрагивающих личные права, оно означает любой процесс и менее значимую цель. В делах, касающихся прав собственности, федеральные суды определяют *и то и другое*, т.е. правильно ли проведен процесс и важна ли цель; в делах, затрагивающих личные права, федеральные суды интересуются *только* тем, правильно ли был проведен процесс, потому что цель не столь значима. *Процесс* проверяется с точки зрения равной

³¹ C., B. & Q. Ry. Co. v. Chicago. 166 U.S. 226. 1896.

³² *McGehee*. Due Process of Law. P. 1.

для всех защиты закона. Он является должным, если лишает собственности и свободы всех лиц равным образом и при одинаковых обстоятельствах. А цель проверяется *ценностью* этого лишения. Эта цель не будет должной, если лица лишаются установленных прав, которые считаются важными.

Если права, которых лишаются лица, достаточно важны, то «должная правовая процедура» означает, что лицо должно получить защиту от штатов со стороны федерального правительства, а если не важны, то процессуальные вопросы передаются в ведение штатов при условии, что они применяют эту процедуру равным образом по отношению ко всем лицам, относящимся к одной категории. Это различие четко разъяснил судья Муди в упомянутом выше деле Твайнинга, указав, что «принцип [свободы от принуждения к даче невыгодных для себя показаний], сколь бы важным он ни казался, невозможно поставить в один ряд с правом на слушания до вынесения приговора, с защитой от произвольного употребления власти, которая действует не по общим для всех законам, и неприкосновенностью частной собственности»³³. Столь же хорошо это различие было показано судьями Холмсом и Хьюзом в деле Фрэнка, когда они заявили: «Мы не видим никакой причины для принятия менее либерального законодательства, касающегося вопросов жизни и смерти».

Таким образом, права собственности считаются столь важными для национальных целей, что Четырнадцатая поправка предоставляет федеральному суду полномочия защищать их от вмешательства штатов. Но личные права, включая права трудящихся и других людей, в случае которых интересами собственников можно пренебречь, считаются менее важными для национальных целей и соответственно оставляются на усмотрение штатов. И если до дела Хуртадо «должная правовая процедура» отождествлялась с процессуальными нормами общего права, то теперь она определяется как «любой процесс, который кажется соответствующим требованиям времени, как они понимаются судьями в данный конкретный момент»³⁴.

4. ДОЛЖНАЯ ПРОЦЕДУРА МЫШЛЕНИЯ

Если в важнейших вопросах, касающихся жизни и смерти, большое жюри и другие процедурные аспекты общего права, которые были созданы с единственной целью — защитить жизнь и свободу индивида от самовольной власти Короны, могли быть отменены, то и в менее важных вопросах, касающихся экономической свободы и собственности, могла быть отменена другая процедура общего права, обеспечивавшая защиту

³³ 211 U.S. из.

³⁴ *Hough C.M. Due Process of Law To-day* // 32 Harw. Law. Rev. 1919. P. 218, 233.

свободы и меновой ценности собственности. Таким образом, возникло множество административных комиссий, которых Верховный суд уполномочил регулировать цены, зарплаты, рынки, конкуренцию, наделив властью проводить расследования, вторгаться на частную территорию, принуждать к даче свидетельских показаний, взвешивать факты, издавать директивы и преследовать нарушителей этих директив в суде. Американская Конституция разделила законодательную, исполнительную и судебную функции власти, но новое определение должной процедуры внесло поправки в Конституцию за счет некоего смещения в этих комиссиях указанных функций. Важна не процедура, но ее *цель*.

Действительно, процедура — это не что иное, как официально утвержденное поведение чиновников, вступающих в отношения друг с другом и с гражданами. Это — действующие нормы правительства, определяющие, в каком направлении коллективная власть будет направлять поведение. Некоторые направления считаются благотворными, другие — вредными; сделки по благотворным направлениям узаконены, а по вредным — ограничены. Цель управляет действующими нормами.

Но что благотворно и что вредно? Ответ неотделим от процедуры. Процедура — это официально установленная цель официальных деятелей. Это — сделки, посредством которых достигается и осуществляется их цель. После упразднения действующих норм, которые рассматриваются как ненужные с точки зрения этой цели, деятель может самостоятельно выбрать процедуру, которая считается соответствующей цели. Общее право создало негибкий набор действующих норм: отчасти потому, что примитивное мышление не могло оценивать цели, стоящие за процедурой, отчасти потому, что жесткая процессуальная норма не давала Короне и ее представителям возможности внедрять в сделки свои авторитарные цели. Таким образом, общее право подчинило цель действующим нормам. Примитивное мышление могло воспринимать только физические объекты, и точно так же оно воспринимало только объективные обычаи, традиции и установленные процедуры. Вследствие того дуализма, которым оно страдало, процедура была для него чем-то материальным, объективным, традиционным, фиксированным и естественным, тогда как цель была чем-то субъективным, неустойчивым и произвольным. И как примитивное определение собственности недавно претерпело изменения (от материальных объектов к ожиданиям поведения), так же и определение «должной правовой процедуры» изменилось от долженствующего поведения к цели этого поведения.

Цель и процедура неотделимы друг от друга в случае, если деятель может сам избирать свою процедуру. Процедура — это действующие нормы сделок, а цель — идеал, воплощенный в сделке. Упразднив поведение, которое не считается необходимым, деятель избирает ту про-

цедуру, которую считает подходящей для своих целей. И, таким образом, когда решение по делу Хуртадо и последующие многочисленные решения в различных областях позволили избирать действующие нормы, значение «должной правовой процедуры» изменилось: от исторической процедуры — к субъективной цели, от поведения — к оценке поведения. Неудивительно, что суды высшей инстанции теперь, рассматривая дела о правах собственности, стали задаваться вопросом: какова *цель* законодательных органов, исполнительной власти, должностных лиц? Их процедура была низведена к низшим ее элементам — изучению всех фактов. Теперь вопрос таков: дают ли они фактам *должную оценку*?

Это — задача классификации. Некоторые факты важны, некоторые — нет. Факты не равны. Один факт может быть весомее другого, и наоборот. Факты — это качества, способности и сделки лиц и вещей. Мышление без классификации быть не может, поскольку классификация — это отбор качеств, способностей или действий, которые сходны, и отделение их от других, с ними несходных. Первая операция необходима для того, чтобы дать правильную оценку, осуществить выбор и действовать. «Классификация в юриспруденции, — говорил судья МакКенна³⁵, — по своей сути то же самое, что и в других отраслях знания или практики. Это — группировка вещей, теоретическая или практическая, поскольку они “согласуются друг с другом в определенных частностях и отличаются от других в тех же самых частностях”. Вещи могут обладать весьма различными качествами и тем не менее быть объединенными в один класс, а могут иметь весьма сходные качества и относиться к разным классам... Человеческие существа схожи по своей сущности, но одни индивиды могут обладать свойствами, которых нет у других, и эти свойства могут определять их принадлежность к классу. Но их классификация, как и классификация любых объектов, должна в первую очередь зависеть от цели, от поставленной проблемы. Наука имеет одну цель, бизнес — другую, а законотворчество — третью».

Наука — не что иное, как систематизированное мышление. Любое мышление представляет собой поиск истины, однако истина — это не частичная, но целокупная истина. Классификация в своем процессе отбора есть частичная истина; полная классификация могла бы представить полную истину. Каждая частичная истина взвешивается и учитывается, и ее вес — это ее важность в формировании полной истины. Частичная истина не просто *добавляется* к другим истинам — она есть множитель, тогда как полная истина есть произведение частичных истин. Всякая классификация частичных истин — это ограничивающий фактор в совокупной экономике истины, потому что истина есть не что иное, как отражение экономики природы и человека.

³⁵ Billings v. 111. 88 U.S. 97, 102. 1903.

Но в юриспруденции классификация имеет и дополнительную прагматическую ценность. Ее цель — не только истина, но справедливость. После того как надлежащая правовая процедура стала надлежащей целью права, она *по своей форме* стала тождественной другому пункту Четырнадцатой поправки: «Ни один штат... не может отказать лицу в пределах своей юрисдикции в равной для всех защите закона». Это никогда не понималось в том смысле, что индивиды равны или что их права равны. Это значит только, что все индивиды, принадлежащие к *одному и тому же классу*, должны рассчитывать на равное к себе отношение, а индивиды из разных классов должны рассчитывать на различное, но всегда соответствующее их классу отношение. Это значит, что никакой индивид не должен рассчитывать на отношение к себе исключительно как к индивиду, но всегда как к тому, кто принадлежит к некоему классу индивидов. «Итак, если цель пребывает в сфере полномочий законодательной власти, — продолжает судья МакКенна³⁶, — и произведенная классификация соотносится с этой целью (не исключая ни одно лицо и ни один объект, на которые воздействует эта цель, но все их охватывая), то, насколько речь идет о логике, такая классификация будет приемлемой, а если говорить о юриспруденции, то закон, основанный на этой классификации, будет обладать равенством при применении».

Ни Четырнадцатая, ни какая-либо другая поправка, говорил судья Филд на слушаниях по более раннему делу³⁷, «не была предназначена для того, чтобы препятствовать государственной власти, которую иногда называют его “регулирующей властью”, чтобы предписывать правила, создающие благоприятные условия для здоровья, мира, нравственности, образования и надлежащего порядка в человеческих отношениях, а также для того, чтобы развивать промышленность государства, увеличивать его ресурсы, богатство и процветание... Правила, употребляющиеся для этих целей, могут оказывать большее или меньшее давление на одного или на другого, но предназначены они не для того, чтобы наложить на кого-либо неравные или ненужные ограничения, но для того, чтобы обеспечить, сведя к минимуму возможные неудобства, общее благо... Классовое законодательство, дискриминация одних в пользу других, запрещено, но то законодательство, которое, преследуя общественную цель, ограничивается в своем применении, не подпадает под действие поправки, если в сфере своего действия оно одинаково распространяется на всех людей в одинаковой ситуации».

В 1899 г. судья Бруэр прибавил к этому следующее: «Сутью классификации является то, что на некий класс налагаются обязанности и обре-

³⁶ Billings v. 111.88 U.S. 103.

³⁷ Barbies v. Connolly. 113 U.S. 27, 31. 1885.

менения, отличающиеся от тех, которые наложены на остальное общество... Сама идея классификации есть идея неравенства, так что, само собой разумеется, факт неравенства ни в коем случае не решает вопрос о конституционности»³⁸.

Из этого следует огромная важность прецедента в англо-американском праве. Прецедент — это инструмент классификации. Возникает спор, он передается в суд для того, чтобы тот вынес решение. Сначала суд ищет прецеденты: какие решения принимались ранее по сходным сделкам? Поиск прецедентов направляется желанием отнестись к этому делу так же, как ранее относились к подобным делам. Поиск прецедентов является одновременно и научным процессом, требующим правильного мышления, и правовым процессом наделения граждан равной для всех защитой закона. Прецедент есть классификация, а классификация есть равное отношение ко всем, кто принадлежит к одному и тому же классу. Это — строго правовой процесс урегулирования споров индивидов, когда они возникают, и вменения истцу и ответчику тех классов сделок, которые подобны вменявшимся ранее в сходных ситуациях. Судебный процесс, таким образом, есть равное отношение к индивидам, достигающееся путем классификации их сделок.

Но ни один из споров, рассматриваемых в суде, не может полностью совпадать ни с одним из прежних дел. Каждое дело предоставляет определенные факты, которые, в их связи с другими фактами по данному делу, никогда прежде не встречались именно в такой комбинации. Новая комбинация фактов требует нового определения соединения пропорций и оценивания каждого из них для установления полной истины по этому делу.

Таким образом, всякая классификация имеет два измерения: *включение* всех сходных фактов наряду с *исключением* всех несходных фактов и *оценивание* каждого факта для определения степени сходства. Это — процесс определения, и классификация есть определение.

Суды обоснованно отказываются давать непреложные, априорные определения употребляемых ими терминов. Суды оперируют не определениями, а подлинно научным механизмом описания; описание — это правовой процесс включения и исключения, в зависимости от того, существенными или несущественными признаются факты по возникаю-

³⁸ A., T., etc. R. Co. v. Matthews. 174 U.S. 96, 106. 1899. Упомянутые дела показывают, что даже если суд время от времени и расходился во мнениях по вопросам классификации, «разногласия во всех этих случаях касались не самого принципа или правила разделения, но размещения конкретного дела по одну или другую сторону разделительной полосы», т.е. того, какой вес должен придаваться фактам по этому делу. По этому вопросу см. исторические замечания по принципам классификации: *Truax v. Corrigan*. 257 U.S. 312. 1922.

щим делам. И в этом суды сознательно расходятся как с наивным, так и с метафизическим понятием определения. Для здравого смысла лошадь — не более чем лошадь, и это — все. Метафизический подход требует отвлечения понятия «лошадности», чтобы затем, как Платон, наполнить небеса идеями, которые нисходят оттуда и воплощаются в вещах, или же, как Гегель или Маркс, найти «идею» «свободы» или «общественной рабочей силы», которые воплотились в обществе еще на заре его существования и веками боролись за то, чтобы раскрыть себя. Но ум юриста понимает дело так, что лошадь есть лошадь для каких-то целей, а что-то другое — это что-то для других целей, что свобода хороша в одних обстоятельствах, но не в других. Для биолога лошадь — это биологический процесс, для фермера — лошадиная сила, для юриста — собственность, для предпринимателя — цена лошади. Лошадь — это субъект бесконечного числа качеств, способностей и возможностей, и поэтому она может классифицироваться по-разному для разных целей, получая каждый раз новое имя класса, т.е. новое определение. Таким образом, определение есть собирание, с целью включения, качеств, которые считаются сходными, при устранении, с помощью процесса исключения, тех качеств, которые считаются несходными, всегда с принятием во внимание пригодности этих качеств для достижения целей того, кто производит классификацию. В этом отношении определение — это классификация соотносительно важности фактов.

Таким образом, определение есть также оценка. Качество или способность известны только по своему поведению. Даже для строго логических задач термин не может быть определен без отсылки к контексту других терминов, с которыми он ассоциирован. Его значение зависит от значений других терминов, определяемых вместе с ним. Он незаметно приобретает иные значения, чтобы приспособиться к значениям этих терминов. Его важность меняется гораздо больше, когда рассматривается пребывающее в действии качество или способность наряду с другими качествами и способностями, также пребывающими в действии. Тогда таковое действует с различными уровнями власти, в соответствии со своей долей в совокупности комплементарных качеств и способностей. «Правовые определения, по большей части, это обобщения судебного опыта. Чтобы быть полными и адекватными, они должны суммировать результаты всего этого опыта»³⁹. Двусмысленность — это качество не тех слов, которые пребывают вне всех контекстов, но «слов, как они употребляются при утверждении и рассуждении»⁴⁰.

³⁹ Bouvier. Op. cit. 817. См. также описание выше дела.

⁴⁰ Sidgwick A. The Application of Logic. 1910. P. 123.

В деле *Smythe v. Ames*⁴¹ суд представил иллюстрацию этого процесса, когда производил оценку корпораций, действовавших в сфере коммунальных услуг. Суд привел целый список фактов, часто противоречащих друг другу, каждый из которых, если его отвлечь от целого и рассматривать обособленно, вел к абстрактному выводу, верному только для этого класса фактов. Но если рассматривать эти факты в рамках единого целого, то каждый из них оказывается частью, которая играет свою роль в совокупности сделок действующего предприятия, прошлых, настоящих и будущих. Некоторые классы фактов относятся к ожидаемой рыночной власти корпорации, такие как «объем и рыночная ценность ее акций и облигаций», «сумма, необходимая для покрытия текущих расходов», «возможная прибыльность собственности при предписанных законом тарифах». Другие факты относятся к прошлым сделкам корпорации, такие как «первоначальная стоимость строительства» и «сумма, потраченная на долговременные улучшения». Другие относятся «к настоящему состоянию собственности в сравнении с первоначальной стоимостью строительства». Но, как указывал суд, могут потребоваться еще и другие факты, если мы хотим, чтобы оценка собственности соответствовала определению должной правовой процедуры, т.е. — должной цели закона. Все таковое является «предметом судебного разбирательства и должно быть справедливо и правильно оценено в каждом конкретном случае», для того чтобы достичь системы обоснованных цен.

Таким образом, факты должны быть не только классифицированы, но и оценены. Они должны быть оценены все, каждый в его связи с другими, и для каждого должен быть указан его подлинный вес. Таков процесс, верный как для логического определения (когда «значение», т.е. ценность, зависит от контекста), так и для экономики или этики, где ценность зависит от социальных отношений.

Оценивание фактов — это не просто их статистическое перечисление. Факты, когда они становятся предметом рассмотрения некоего лица, не обнаруживают свой вес автоматически. Оценивание — это не просто интеллектуальный процесс определения различных качеств или возможностей объектов или лиц. Кроме того, это не логический процесс абстрагирования определенного класса качеств и выстраивания их в систему. Это также эмоциональная оценка качеств и способностей в процессе социальной жизни. Некоторые факты могут показаться важными (как базис для совокупного результата) одному лицу, но не важными — другому. Если придать чрезмерный вес не важным фактам, то решение будет иным, нежели в случае, когда должный вес придается всем фактам. Факты собираются. Это статистический процесс. Но они также сорти-⁴¹

⁴¹ *Smythe v. Ames*. 169 U.S. 466, 547. 1898.

руются и отбираются при помощи процесса включения и исключения, и это — классификация. Классификация есть также определение, потому что является отсортировкой сходных фактов под общим именем или понятием, которое объединяет факты. Но это подразумевает наличие цели, ради которой отбираются факты. Некоторые из фактов важны для одной цели и не важны для других.

Но и это еще не все. Непосредственная цель определения инструментальна в отношении к предельной цели. Предельная цель — это совокупность всех ожиданий, в которую вносит свой вклад каждый факт или класс фактов. Эта цель может быть благой или дурной, достойной или недостойной, желательной или нежелательной, важной или неважной. Это — предельное чувство ценности, эмоциональный процесс оценки, придающий определенный оттенок всем определениям, место, где чувства могут осуществить возможность выбора благодаря включению фактов, которые рассматриваются как важные, и исключению тех фактов, которые рассматриваются как неважные, превращая, таким образом, истину в веру, а факты — во мнения, относящиеся к фактам.

Таким образом, мы можем сказать, опираясь на наше исследование поведенческой психологии судей⁴², что процесс мышления, который также есть процесс достижения действующих норм предприятия, распадается на цели, которые направляют предположение. Цель — это предвосхищение будущего, и она обуславливает движение вперед. Предположение находится в настоящем. Цель и процедура вместе распадаются на различные, но неотделимые друг от друга свойства человеческой воли, а именно на привычки, идеалы, определения, исследования, классификации, оценки, выборы, поведение.

1. Привычки — это подсознательные установки тела, нервов и мозга, основанные на прошлом опыте и готовые действовать в привычном направлении под влиянием внешнего стимула. «Привычка — это энергия, направленная в определенное русло»⁴³. Если привычки становятся осознаваемыми, они кажутся интуитивным или инстинктивным чувством уместности или неуместности, подталкивающим субъекта к совершению выбора без рассуждения. Если привычка проверяется и уравнивается тем связанным с сомнениями процессом, который мы называем «мышлением», то лишь потому, что психическая привычка действовать на основании слов и символов вклинивается между физическим импульсом и физическим ответом на импульс. Если «значение» отождествляется с этими словами и символами, то мы называем такое значение «идеей».

⁴² Ср.: *Isaacs N. How Lawyers Think* // 23 Col. Law Rev. 1923. P. 555.

⁴³ *Dewey J. Human Nature and Conduct*. 1922. P. 76, *passim*.

2. Идеалы — это идеи, спроецированные в будущее значениями символов. Это — идеи себя, других, нации, обязанности, правильности, не-правильности, свободы, справедливости, лиц, цен, вещей и вообще чего угодно — не как недолгая вспышка боли, удовольствия или ощущения, но как постоянный опыт с незавершенной проекцией в будущее из настоящего, когда прошлое уже закончилось и определяет направление. Они происходят из возможности выбора: все, что избирается, является в этом отношении идеалом или частью идеала. Как таковые все *идеи* сходны: все они лишь интеллектуальные конструкции; но *избранная идея* — это *идеал*, поскольку в ней пребывает цель, равно как и осмысление. Идеалы — это идеи, воспринимаемые как важные для будущих целей.

3. Определения — это описания идей. Как таковое определение — чисто интеллектуальный процесс формирования отвлеченных понятий или принципов и наделения их идентификационными метками, так, чтобы после этого они могли распознаваться и служить теми связями, которые объединяют элементы фактов по мере того, как те попадают в поле зрения. В качестве «понятий» они являются именами класса, потому что суть — имена качеств, способностей или действий, общих для объектов, а не чувства боли и удовольствия или ощущения, происходящие из соприкосновения с самими объектами. В качестве «принципов» они — отношения между понятиями, воспринимаемые как существующие или действующие единообразно, наподобие «течения», тенденции или привычки. Они распределяются в большом диапазоне: от аксиом, максим или «первоначал», которые принимаются интуитивно, без всяких сомнений, до подробно разработанных описаний понятий и отношений, выражающих истину или веру. Определение определяет и как таковое фиксирует идеи в форме символов, основными типами которых являются слова, числа и цены.

4. Классификация — это сортировка, описание и отбор отдельных фактов посредством включения того, что кажется сходным, и исключения того, что кажется несходным, а также подготовка их для определения и символов. Классификация — это исследование, перечисление и определение в соответствии с понятием или принципом, общим для отдельных фактов; задачей при этом является выбор того класса элементов, который важен для данной цели, и исключение того класса, который не является важным. Классификация и определение — это идеализация фактов ради будущих целей.

5. Исследование — это статистический процесс поиска, нахождения и внимательного рассмотрения элементов, которые могут благодаря этому отсортировываться и подпадать под классификации и определения. Всякое мышление есть исследование, поскольку оно выражает сомнение относительно классификации, определений и идеалов, в отличие от ин-

туинций, оценивающих ситуацию без всяких сомнений. Исследование — это «инстинкт любопытства» в действии.

6. Оценка — это чувство относительной важности для будущего не самих идей, но ожидаемого поведения, являющегося их содержанием. В процессе мышления это — чувство сомнения, а во время действия — чувство предпочтительности. Оценка неотделима от чувства и интуиции зависимости, безопасности, власти и пригодности, а также независимости, опасности, важности и непригодности, приписываемых элементам в ходе исследования, классификации, определения, идеализации и выбора для целей будущего. Именно оценка придает значение словам, числам и ценам.

7. Выбор и поведение невозможно разделить — они суть одно и то же. «Свобода действий» — это выбор из альтернатив, а поведение — процесс выбора. Поведение — это внешняя операция, процедура, процесс движения мускулов в соответствии с привычками, идеалами, определениями, классификациями, исследованиями, оценками и выборами, формирующими будущее поведение в ходе достижения пока еще не достигнутых целей.

Таким образом, все человеческое поведение находит свое выражение в этом семичастном процессе мышления. И должная процедура отличается от прочих процессов мышления и действия тем, что она направляется симпатией и ограничена обязанностью. Это — процесс персонификации, и если в нем нет симпатии и обязанности, это всего лишь процесс капитализации. Именно по этой причине он вводит идеи добровольного или недобровольного подчинения другим, тогда как чистый процесс мышления никак не соотносится с волей и желанием других. Должная процедура выносит решение относительно всех процессов мышления и действия, движимое симпатией, антипатией или обязанностью. Ее цель — это цель правительства и личности, цель употребления высшей власти для приведения к подчинению. Должная процедура выносит решение относительно употребления власти для подчинения или освобождения личности. Как таковая она авторитарна и носит принудительный характер.

По этой причине должная процедура мышления тщательно рассматривает цели и отличает правильные привычки мышления от неправильных; правильные идеалы от ложных; верное, точное и корректное определение от двусмысленного и неверного; доскональное исследование, которое учитывает все факты, от неполного и не основанного на фактах; обоснованную классификацию, направляемую правильными идеалами, от классового законодательства; разумную оценку, которая взвешивает все человеческие интересы, от конфискации, которая предлагает ненадлежащую оценку; разумное проявление свободы действий от своевольного каприза; законное поведение от незаконного. Таким об-

разом, если чистый процесс мышления — это процесс привычек, идеалов, определений, исследований, классификаций, оценок и поведения, то *должная процедура мышления, которая есть также должная правовая процедура*, является процессом правильных привычек, верных идеалов, истинных определений, точного исследования, обоснованной классификации, обоснованной оценки и справедливости; при этом противоположностью ей является ненадлежащая должная процедура, привычка, не соответствующая нормам, ложные идеалы, двусмысленные значения, неполное исследование, классовое законодательство, конфискация и несправедливость.

Только при помощи этой должной процедуры мышления человечество (в том числе и судьи) может избежать, с одной стороны, солипсизма, или абсолютного эгоизма, при котором мир существует для каждого индивида только так, как он его себе представляет, и с другой — противоположной крайности, при которой мир превращается в субстанцию, набор сущностей, душ и волей, «ноуменов», «вещей в себе», отделенных от феноменов, которые каждый индивид переживает особым образом, иначе, чем любой другой. Первое превращает каждого индивида в закон для самого себя, делая ценностью индивидуальные счастье и страдание и превращая волю в каприз. Второе делает закон непознаваемой сущностью, ценность — внутренней ценностью, а волю — вселенским принципом или вселенской силой, не зависящей от индивидов.

Но *должная процедура мышления, которая должна выводиться из обоснований решений, принятых судами*, поскольку они занимаются реальными делами по мере их поступления и одновременно пытаются разъяснить и оправдать свои заключения с точки зрения общественных интересов, не является ни капризом, ни вселенским принципом. Это — всецело прагматический процесс добавления и исключения фактов по мере их поступления, процесс их классификации сообразно тому, как эти и другие судьи классифицировали их ранее, процесс их исследования и оценки путем заслушивания аргументов заинтересованных сторон. Короче говоря, *должная правовая процедура* — это *коллективное мышление о прошлом и настоящем, процесс мышления, с которым справедливый судья чувствует себя прочно связанным* — так, как будто ему повелевает принявшее телесный облик высшее существо. Даже если судья изменяет определения слов при помощи новых добавлений и исключений, для того чтобы отвечать новым условиям, он добросовестно просматривает прецеденты и книги по юриспруденции и пребывает в убеждении, что обнаруженное им — не его капризная воля, но коллективное суждение тех, кто заслуживает доверия. Об этом замечательно сказал лорд Элдон, который все то время, пока служил в канцлерском суде, занимался укреплением норм и принципов права справедливости.

Двумя столетиями ранее, в правление короля Иакова, Джон Селден заметил: «Справедливость — это вещь лукавая. ... Для закона у нас есть мера. ... А справедливость такова, какова совесть нынешнего канцлера, а та может быть как восприимчивой, так и не очень... И если искать критерий справедливости, то его можно найти и в ширине шага канцлера»⁴⁴. На это лорд Элдон ответил в 1818 г.: «Нормы этого суда должны быть единообразны и отрегулированы почти столь же хорошо, как и нормы общего права; нужны твердые принципы, но такие, чтобы они могли приспособливаться к обстоятельствам каждого дела. Я не могу согласиться с тем, что нормы суда будут изменяться каждым следующим судьей. Ничто не причинило бы мне большей боли после оставления этой должности, чем воспоминания о том, что я хоть в какой-то мере поспособствовал оправданию воззрения, что справедливость этого суда может изменяться сообразно изменению ширины шагов канцлера»⁴⁵.

Итак, как мы уже видели и как еще увидим, новые условия требуют новых включений и исключений, и лорда Элдона, в свою очередь, упрекали в том, что он держался прецедентов настолько крепко, что низвел право справедливости к системе столь же жесткой, что и само общее право. Для того чтобы произвести эти новые включения и исключения, требуется нечто большее, чем прецедент, — необходим выбор новых альтернатив, присутствующих в настоящем и ведущих к новым последствиям в будущем.

5. УСМОТРЕНИЕ

Таким образом, именно суд объявил, что недостаточно даже той процедуры, которая соответствует исследованию всех фактов. Законодательные, исполнительные и судебные органы связаны, кроме того, должной целью права, а должная цель — это не то, что есть, не то, чем был, но чем *должен быть* закон страны. Должностные лица не связаны процедурой, перенятой из Англии в то время, когда начала действовать Конституция. Это исключало бы любую возможность приспособить закон к новым условиям, что и было установлено делом Хуртадо. Но их власть неограничена, их связывают идеалы. Должная процедура — это идеальный процесс. Она — это в большей степени то, что *должно быть*, а не то, что *есть* или *было*. Внимание следует обращать на *сущность*, а не на *форму*. Форма — это процесс. Е¹ процесс — это «способ, посредством которого может быть достигнута цель закона»⁴⁶. Но сущность закона и есть его цель. «Сущность» — это не внешняя субстанция, стоящая за вещами

⁴⁴ Holdsworth Vols. A History of English Law. P. 254 n.

⁴⁵ Ibid. P. 255; Gee v. Pritchard. 2 Swanst. 402, 414. 1818.

⁴⁶ Jenkins v. Ballantyne. 8 Utah. 245. 1892.

и лицами: сущность в уме, а форма — в поведении. Сущность — в будущем, форма — в настоящем. Первое — это *должная цель* права, второе — *должный процесс*; все вместе — *должная правовая процедура*.

Но где нам тогда искать сущность права? Мы найдем ее в привычках и идеалах тех, чьи определения являются окончательными для установления закона. Это — усмотрение. Сфера усмотрения — это сфера власти и иммунитета: власти, т.е. «свободы» субъекта определять направление коллективной власти; иммунитета, т.е. отсутствия ответственности и обязательств перед коллективной властью как результат этой свободы. Именно в сфере власти (свобода) и иммунитета каждый индивид (как гражданин, так и должностное лицо) свободен действовать так, как он мыслит. Именно здесь его поведение осуществляет его идеалы, определения, классификации, исследования и оценки. И тот, кто облечен официальной властью, облечен той же властью направлять коллективную власть на осуществление своих идеалов, что и частное лицо, но только в большей степени. В глазах других людей его убеждения могут выглядеть не особо «идеалистичными», но это потому, что их привычки и идеалы разнятся с его привычками и идеалами. Тем не менее они идеалистичны для него, поскольку находятся в незавершенном будущем, к которому он стремится.

Создатели американской Конституции под влиянием психологии XVIII в. попытались разделить суверенную власть на три сферы, соответствующие трем человеческим способностям — воле, разуму и поведению. Воля пребывает в народе и в законодателях, разум, или интеллект, — в судебной власти, а поведение, или осуществление воли, — в исполнительной власти. Только законодательная власть, представляющая народ, обладала усмотрением. Она одна могла определять политику, выбирать между альтернативами. Она не могла делегировать эту власть. За этим стояло представление о воле как о чем-то непостоянным, капризном, неконтролируемом и безответственном, и все ограничения законодателей осуществлялись в рамках системы «противовесов», включая систему представительства, независимость исполнительной и судебной власти и необходимость достижения общего согласия Сената, Палаты представителей и администрации для введения новых законов. В конце концов, Верховный суд также подтвердил свою власть налагать вето на решения законодателей.

Таким образом, на своем пути к гражданину законодательная власть проходит власть судебную и исполнительную. Любое должностное лицо, вплоть до последнего полицейского, реализуя полномочия коллективной воли, действует и имеет определенную сферу власти и иммунитета, за пределами которой оно ограничено в правах и ответственно за свои действия. В этой сфере окончательными являются его собственные цели,

определения, исследования, классификации и оценки. Здесь он — суверен. Его воля — это государство-в-действии. Он сам — государство.

Следуя психологии XVIII в., суды и юристы утверждали, что усмотрение является делом исключительно законодательной власти или народа. Но воля государства — это не далекая воля, выраженная в какой-то момент времени в прошлом, а государство — это не некая сущность, пребывающая там-то и там-то. Воля государства — это всегда воля-в-действии. Это — усмотрение, а усмотрение — везде, где есть власть (свобода) и иммунитет. Все, что мы говорили о патрульном полицейском, верно и для любой власти, вплоть до высшей. Административный совет или комиссия выслушивает свидетельства и аргументы нанимателей, работников, «народа» и затем устанавливает минимальный размер оплаты труда. Ограниченная возможностью судебной отмены этого решения, воля административной комиссии — это воля народа. Она — это государство.

И так — вплоть до Верховного суда, где, как предполагается, обитает чистый разум. Верховный суд также обладает своей сферой власти и иммунитета. Здесь привычки, идеалы, определения, классификации и оценки его членов — это воля народа-в-действии. Мы уже видели, как суд в своей сфере свободы и иммунитета осуществлял законодательную деятельность посредством определений. Он изменил значение понятия «должная правовая процедура» и тем самым внес изменения в федеральную Конституцию и конституции всех штатов. Суд изменил значение понятий собственности и свободы, используемых в Четырнадцатой поправке, и, таким образом, отобрал у штатов функцию окончательного определения того, что есть должная правовая процедура при регулировании собственности и предпринимательства. С другой стороны, изменив значение «должной правовой процедуры», затрагивающей жизнь и личную свободу, суд сохранил за штатами власть лишать рабочих и других не имеющих собственности людей их общеправовых и федеральных прав на вынесение обвинительного акта большим жюри, на суд жюри из двенадцати человек, на право очной ставки со свидетелями, на право свободы от принуждения к даче невыгодных для себя показаний, на право присутствовать в суде в течение всего процесса, на право апелляции в федеральных судах в случае, если суд штата выносил решение под давлением толпы. В 1890 г. Конгресс объявил незаконными все договоры, ограничивающие торговлю между штатами. В 1896 г. суд дал буквальное толкование термину «ограничение торговли» и на этом основании ликвидировал две ассоциации железных дорог (*Trans-Missouri Association* и *Joint Traffic Association*)⁴⁷. Затем суд внес смягчающие изменения в опре-

⁴⁷ (*Trans-Missouri and Joint Traffic Associations of Railways*) U.S. v. *Trans-Missouri Freight Association*. 166 U.S. 290. 1897.

деление «ограничения торговли», добавив в него понятия «обоснованность» и «правило разумного подхода»⁴⁸, что впоследствии, несмотря на ликвидацию компании *Standard Oil Company*, позволило суду признать законными некоторые ограничивающие торговлю договора, которые были сочтены обоснованными, поскольку были необходимы для сохранения текущей ценности действующего предприятия⁴⁹.

Эти и многие другие изменения в определениях произвели двойной эффект — право на законотворчество получили законодательные органы, но и суд получил такое же право. В частности, изменение определения должной процедуры открыло широкие возможности для штатов в уголовном законодательстве, а изменение определений собственности, свободы и ограничения торговли открыло широкие возможности для федерального суда в законодательстве о собственности. В обоих случаях благодаря новым определениям произошло перераспределение в области власти и иммунитета: каждый представитель законодательной, исполнительной или судебной власти получил свою сферу усмотрения, где его воля, с его привычками, определениями, исследованиями, классификациями, оценками и идеалами, является волей государства.

Такие изменения в определениях, конечно, не были произвольными. Они проистекали из новых условий. Тем не менее они были результатом усмотрения. Коллективная воля предстала в новом свете, иначе, чем ее понимали в XVIII в. Это уже не просто капризная и непредсказуемая воля отдельного суверена, но воля, которая осуществляется рациональным правовым процессом. Это уже не разделение человеческих способностей на обособленные сферы, но наделение индивидов, как граждан, так и должностных лиц, определенными квотами на формулирование и исполнение действующих норм общества. Новое определение — это новая оценка фактов; новая оценка — это новая классификация; новая классификация — это новое структурирование стимулов в национальной экономике; новое структурирование — это законодательство; законодательство — изменение действующих норм предприятия. Законодательство пребывает везде, где пребывает усмотрение, а коллективная воля — это не только воля законодательного органа, но также и привычки, идеалы, определения, исследования, классификации, оценки, усмотрение и поведение судей и исполнителей, которые наделены официальными властью и иммунитетом в формулировании действующих норм.

⁴⁸ «Правило разумного подхода» (*rule of reason*) — правило, согласно которому антитрестовое законодательство следует применять только к тем фирмам и контрактам, которые чрезмерно ограничивают торговлю, а размер фирмы и обладание монопольной властью сами по себе не вступают в противоречие с законом. — *Примеч. пер.*

⁴⁹ *Standard Oil Co. v. U.S.* 221 U.S. 1.1910.

Все эти изменения в значении как усмотрения, так и должной процедуры иллюстрируются современным процессом создания административных органов и наделения их определенными властью и иммунитетом, необходимыми для работы с новыми аспектами собственности. Таковы комиссии по общественным интересам и междуштатной торговле, промышленные комиссии и комиссии по минимальной заработной плате, комиссии по добросовестной торговле и рынку. Законодатели находят вопросы, переданные этим комиссиям, слишком сложными для прямого действия, тогда как суды обладают только негативными полномочиями защиты от грабительских цен и конфискации, но не полномочиями позитивного регулирования. Тем не менее в сфере полномочий судов остаются два вопроса: является ли конституционным употребление законодательной власти этими комиссиями и не лишаются ли лица в процессе этого употребления законодательной власти собственности и свободы без должной правовой процедуры? <

Рассмотрим следующее дело⁵⁰. Законодательный акт потребовал от железнодорожных компаний предоставлять отвечающие разумным требованиям услуги и уполномочил особую комиссию устанавливать, в определенных случаях, какими должны быть эти услуги, а также издавать директивы, принуждающие компании к их предоставлению. Комиссия издала директиву, потребовавшую от компании предоставить незначительные дополнительные услуги приблизительно пятидесяти фермерам в местности, которая на тот момент не обслуживалась. Две теории, представленные в верховном суде штата, могут быть сведены в следующую таблицу:

| | |
|-----------------------|-------------------------------|
| Грабительский тариф | 40 центов ; у |
| Необоснованный тариф | 35 центов , - ₂₁ . |
| Необоснованный тариф | 25 центов |
| Конфискационный тариф | 20 центов .. ■ |
| Обоснованный тариф | 34 цента |
| Обоснованный тариф | 26 центов : . |

Если тариф, скажем, в 40 центов, установленный компанией, приносит 10% на ценность собственности, его можно считать грабительским, а если тариф, зафиксированный комиссией на уровне 20 центов, дает 5% на собственность, его можно считать конфискационным (т.е. изъятием без возмещения). Суды на основании общеправовых норм, касающихся ходатайств частных сторон, и в отсутствие четкой позиции законодательной власти полномочны запрещать грабительский тариф и на осно-

⁵⁰ M., St. P. & S. S. R. R. Co. v. R. R. Cot. 136 Wis. 146. 1908.

вании конституционных ограничений должной процедуры полномочны запрещать конфискационный тариф, если таковой налагается законодательным органом.

Кроме того, суды, независимо от наличия законодательного акта, полномочны запрещать необоснованный тариф, допустим, в 35 центов, хотя он и не достигает грабительского уровня, и также полномочны (хотя и не независимо от законодательного акта) запрещать необоснованный тариф, например, в 25 центов, который не достигает уровня конфискации. Но между этими двумя пределами необоснованности находится неопределенная сфера обоснованности. Здесь суд разделился. Несогласные судьи считали, что наделение комиссии полномочиями избирать любую точку, лежащую в границах обоснованности, было делегированием ей полномочий по усмотрению принадлежащих к законодательной власти. Подобными полномочиями обладают сами законодатели. Они могут произвольно избирать любую точку вплоть до точки конфискации, поскольку такой выбор производится исходя из соображений политики и целесообразности, которые являются сферой их усмотрения. Но если эту точку, даже если она лежит в границах обоснованности, выбирает административная комиссия, то она осуществляет законодательное усмотрение. Равным образом пересмотр доказательств и выбор этой точки судом означают узурпацию, незаконный захват им законодательных полномочий.

С другой стороны, большинство судей сочло, что выбор точки в соответствии с рассматриваемым законодательным актом является не случаем усмотрения, но исключительно исследованием и установлением фактов. Законодательный орган может установить общую норму, а именно, что тарифы и услуги должны быть обоснованными. Далее он может постановить также, что закон должен вступать в силу в связи с возникновением конкретных обстоятельств, а таким обстоятельством в данном случае было установление комиссией определенного факта обоснованного тарифа на услуги. Закон предполагает, что существует *только один* такой обоснованный тариф, что он может быть рассчитан в результате исследования, но о нем объявляют только тогда, когда исследование завершено и издана директива. Установление факта не является специфической функцией законодательной власти. Это — мыслительный процесс, не предполагающий никакого усмотрения, процесс, практикуемый как судьями, так и исполнителями. Власть выяснять факты, таким образом, может быть делегирована. И тем не менее даже выяснение факта — это такой процесс, при котором разумные люди могут разойтись в установлении этого факта; и если комиссия действует разумно, в рамках здравого смысла, суд не должен исследовать факты заново и подменять оценки комиссии своими оценками.

Таким образом, перед нами две теории обоснованности и необоснованности, и каждая из них стремится к тому, чтобы избежать свойства усмотрения при установлении ценности. Согласно мнению несогласного судейского меньшинства обоснованность — это не фиксированная объективная точка, но любая из нескольких точек, и исполнительная власть или комиссия, выбирая одну точку из нескольких, проявляет усмотрение. Но согласно этой теории необоснованные тарифы, грабительские тарифы и конфискационные тарифы являются фиксированными объективными точками, и поэтому суд не проявляет усмотрения, когда выбирает одну точку на шкале вместо другой, но просто производит интеллектуальную процедуру обнаружения фиксированной точки.

Однако, согласно мнению судейского большинства, все точки являются фиксированными и объективными, и усмотрение не осуществляется как исполнительной властью (когда она, в пределах своих полномочий, устанавливает точку обоснованности), так и судом (когда он устанавливает точки грабительского тарифа, необоснованного тарифа и конфискационного тарифа и запрещает законодательной или исполнительной власти опускаться ниже последнего). Другими словами, согласно мнению большинства ни суд, ни исполнительная власть не проявляют усмотрения при исследовании и установлении факта, тогда как, согласно мнению меньшинства, при установлении факта усмотрение проявляет исполнительная власть, но не судебная.

Вероятно, эти метафизические и механистические заключения были необходимы для соответствия выработанным в XVIII в. принципам разделения правительства на законодательную, судебную и исполнительную ветви власти и разделения человеческой воли на волю, разум и действие. Судьи попытались сохранить старые концепции полного дуализма объективного и субъективного мира. Объективный мир — мир фактов, субъективный мир — мир чувств, эмоций, капризов. Таким образом, метафизическая и механистическая теории государства и воли, по словам Хендерсона, «вводит себя в заблуждение иллюзией, что существует факт, который может быть обнаружен, если мы достаточно упорны в поисках, и который, будучи единожды найденным, обеспечивает математически точное решение всех проблем, связанных с установлением тарифов»⁵¹.

Но на самом деле факты являются фактами постольку, поскольку мы считаем их таковыми на основании наших привычек, исследований и целей. Фактом было то, что пятьдесят фермеров потребовали дополнительных услуг от железной дороги, а корпорация отказалась предоставить их им. Чему следовало отдать предпочтение с точки зрения общественных интересов?

⁵¹ Henderson G.C. Railway Valuation and the Courts // 33 Harv. Law Rev. 1920. P. 912.

6. ЭКОНОМИЧЕСКАЯ ТЕОРИЯ ДЕЙСТВУЮЩЕГО ПРЕДПРИЯТИЯ

За этим процессом мышления стоят фундаментальные допущения, происходящие из чувства адекватности или неадекватности, или здравого смысла и привычки, которые развиваются в течение жизни и которые суть не что иное, как чувство подходящих пропорций, в которых следует сочетать факторы для достижения считающихся важными целей. Как бы их ни называть (эмоциями, чувствами, привычками, интуициями, склонностями, предвзятостями, чувством ценности, чувством справедливости), все они биологически укоренены в той адаптации жизни к ограниченным ресурсам, которая происходит через выбор пропорций соединяемых факторов и выбор между альтернативными уровнями власти при расчете того, что желаемо для будущего. В развертывающейся истории человеческого рода и индивида эта адаптация различается в основном сообразно расширению диапазона принимаемых во внимание факторов и увеличению власти индивида в побуждении других к исполнению его воли. Биологически проистекая из неосознанных рефлексивных жизненных действий и реакций, затем — из инстинктивных действий и реакций, вызванных удовольствием или болью, затем — из не связанных с мышлением интуиций, затем — из сомнения, обеспечивающего исследование и оценивание этих факторов, она становится, в конце концов, процессом целенаправленного мышления, который мы определяем как двойственный процесс капитализации и персонификации, заключающийся в неразделимых идеях, определениях, исследованиях, классификациях, оценках и выборах, которые сопровождают взаимодействие с вещами и лицами. Развиваясь из мышления о полезных качествах вещей в мышление о полезных качествах лиц, она становится верным или неверным процессом мышления и действия под воздействием сдвоенного импульса симпатии и обязанности, который мы определили как процесс персонификации, или, иначе говоря, как процесс определения надлежащих и подобающих отношений, которые должны существовать между людьми, т.е. разумных действующих норм, образующих должную правовую процедуру.

Эта философия достигла своего расцвета в характерном для Англии и США процессе подчинения правительственных чиновников юрисдикции тех же судов, которым подсудны и частные лица, благодаря чему Америка практически достигла платоновского идеала правления философов, сформированного более чем два тысячелетия тому назад. Но если Платон говорил о нации, которой управляют чистые идеи, отвлеченные от чувств, то нами управляет теория ценности. Конечно, это не та гедонистическая теория удовольствия и страдания, которую предложили Бентам и те экономисты, для которых каждое удовольствие или страда-

ние, равно как и каждое лицо, считается за единицу, но теория персонификации, согласно которой индивиды и классы индивидов рассматриваются сообразно их относительной важности для общественных целей. В соответствии с таким пониманием их относительной важности они получают помощь от должностных лиц в форме прав и свобод, равно как и ограничения и запреты в форме обязанностей и незащищенностей. Так что вместо «органической» теории государства, основанной на обязанности, и «договорной» теории, основанной на свободе, мы пришли к теории, которую можно определить как экономическую теорию действующего предприятия, основанную на исходящем от законной власти структурировании стимулов в мире ограниченных ресурсов.

Мы можем обозначить эти теории как «теорию обязанности», «теорию свободы» и «теорию экономики действующих предприятий». «Теория обязанности» (в своих различных аспектах — божественного права, королевской прерогативы, биологических аналогий, образа Левиафана, социализма, диктатуры пролетариата) всегда ведет к подчиненному положению индивида, основанному на страхе перед высшей земной властью. «Теория свободы» (в своих различных аспектах — свободы договора, равенства, индивидуализма, анархизма, эгоизма, наибольшего числа равных единиц удовольствия для наибольшего числа равных индивидов) всегда ведет к собранию атомизированных индивидов, которые, подобно камням в корзине, удерживаются вместе только метафизической сущностью, «государством», или «общей волей», или, как у Канта, «царством целей», или столь же метафизическими аналогиями физических сил (таких как сила притяжения, или биологический организм, или Левиафан, или общественная рабочая сила). Но экономическая теория государства — это теория действующего предприятия с его действующим бизнесом, которое укоренено в прошлом, ведет себя определенным образом в настоящем и поддерживается в своем существовании надеждой на мир, богатство и добродетель, а также страхом перед насилием, бедностью и пороком, контролируя каковые коллективное действие структурирует стимулы индивидов к участию как в издержках, так и в выгодах коллективной власти. Одним словом, экономическая теория государства — это теория структурирования стимулов индивидов, охотно или неохотно совершающих действия в мире ограниченных ресурсов.

Эта экономическая теория основана на идее Давида Юма⁵², которая (если подвергнуть ее дальнейшей разработке) заключается в том, что этика и справедливость сводятся к *распределению* ограниченных ресурсов, а полезность сводится к общественной цели *увеличения* этих ресурсов посредством создания правильной структуры стимулов к участию

⁵² Hume D. Principles of Morals. Sec. 3: "On justice". 1777.

в издержках и выгодах. Этика и экономика, таким образом, неразделимы, поскольку они обе исходят из принципа неограниченности ресурсов. Экономика — это соединение в правильной пропорции факторов, а этика — это соединение в правильной пропорции *человеческих* факторов для достижения максимального из желаемых результатов. Экономическая теория — это не теория о *сложении* единиц (чем бы они ни были — удовольствиями, лицами или элементарными частицами богатства) для образования общей суммы «счастья», «народа» или «общего блага», но теория об *умножении* комплементарных факторов на ограничивающие, благодаря чему услуги одного класса, если выбрана их правильная пропорция, *умножают* услуги другого класса и, таким образом, увеличивают совокупное счастье, индивидуальность и общее благо лишь благодаря наилучшей пропорции соединенных факторов.

Эта теория — теория, которая касается как объективной, так и субъективной сторон поведения. С объективной стороны она является, в рамках одного и того же процесса мышления, теорией обязанности, свободы и экономики: обязанности, поскольку она основана на принуждении, обращенном против лиц, которые не желают действовать; свободы, поскольку она снимает ограничения с воли; экономики, поскольку она есть коллективная власть, определяющая пропорции обязанностей и свободы в мире ограниченных ресурсов. А с субъективной стороны поведения — это теория полезности, симпатии и обязанности: полезности, т.е. желания подчинять себе вещи и лица; симпатии, т.е. добровольного подчинения себя другим лицам; обязанности, т.е. недобровольного подчинения воле других.

В этом смысле экономическая теория действующего предприятия — это одновременно теория капитализации и персонификации: капитализации, поскольку это теория богатства и благосостояния (богатства, т.е. оценки инструментов; благосостояния, т.е. целей, для которых они оцениваются), и персонификации, поскольку это теория оценки добродетелей и пороков себя и других, для целей которых должны или не должны существовать богатство и благосостояние.

Это и есть, если его верно интерпретировать, тот принцип, которым руководствовался Адам Смит. И только благодаря тому, что часть его теории (та, которая превозносит индивидуальную инициативу и критикует правительство за ее подавление) была вырвана из контекста, его преемники, классические экономисты, извратили его понятие «богатства народов». Адам Смит еще умел видеть лес, а его последователи заблудились среди деревьев. Действительно, Адам Смит адресовал свое исследование государственному деятелю или законодателю и потому ставил перед политической экономией «две различные задачи: во-первых, обеспечить народу обильный доход или средства существования, а точнее,

обеспечить ему возможность добывать их себе; во-вторых, доставлять государству или обществу доход, достаточный для общественных потребностей. Политическая экономия ставит себе целью обогащение как народа, так и суверена»⁵³. Как отмечает Кэннан, Адам Смит сместил акценты «с общепринятой практики прежних британских экономистов, рассматривавших богатство народов как некий накопленный запас», на рассмотрение годового труда нации, который и есть настоящий «запас», снабжающий нацию «всем необходимым и нужным для жизни»⁵⁴. Затем, производство на душу населения, которое является подлинной мерой того, насколько «хорошо» или «плохо» идут дела у нации, зависит от «навыков, умения и способностей, с которыми совершается этот труд», и от «соотношения между теми, кто занят в полезном труде, и теми, кто в нем не занят». И наконец, при том, что «естественное развитие благосостояния» зависит от определения правильных пропорций между торговлей, промышленностью и сельским хозяйством, тем не менее в это определение пропорций самыми разнообразными способами вмешиваются завоевания, рабство, крупная земельная собственность, расстройство сельского хозяйства, когорты бесполезных слуг, разорительное тщеславие крупных собственников и то ложное учение, которое предполагает, что нации обогащаются за счет «разорения всех своих соседей»⁵⁵. Возвращение к истинному духу Адама Смита — это возвращение к политической экономии, которая учит наилучшему структурированию государством стимулов полезных и бесполезных лиц.

Конечно, Адам Смит предложил совершенно другую, механистическую теорию, которая была воспринята его последователями. Эта теория основывалась на нескольких принципах: индивидуализме, эгоизме, свободе, разделении труда, запрете объединений или администраций и Божественном Промысле; но теория эта была выдвинута только для того, чтобы указать наилучшую политику, которой должны следовать правительства при структурировании стимулов и ограничений для индивидов. Он надеялся, что, руководствуясь этой теорией, правительства раздробят крупные имения на индивидуальные владения, а гильдии и корпорации — на единицы индивидов⁵⁶. Конечно, он не мог предвидеть необходимость и выгодность массового производства, созданного паром, электричеством, химией и физикой, равно как и способ, каким суды и законодательные органы признали и наделили властью и иммунитетом индустриальные управления, организующие, руководящие и управ-

⁵³ Smith A. Wealth of Nations. Vol. 1. P. 395.

⁵⁴ Ibid. P. 1.

⁵⁵ Smith A. Wealth of Nations. Vol. III, IV.

⁵⁶ Ibid. Vol. 1. P. 130-131.

ляющие армиями производителей в целях массового производства. Они, однако, тоже коллективные воли, оживляемые коллективной целью, структурирующие, подобно государству, своими действующими нормами стимулы индивидов, охотно или неохотно участвующих в их коллективной власти. Таким образом, в нисходящих кругах структурирования и переструктурирования коллективная власть нации делегируется подчиненным коллективным властям, а от них, в свою очередь, — индивидам, которые держатся вместе по причине сходного образа мыслей.

Именно сходный образ мыслей формирует коллективную цель. Мы уже видели четкую корреляцию, существующую между коллективной властью и индивидуальными правами⁵⁷. Не может быть права без соответствующей ему обязанности, не может быть эффективного и действительного отношения «право — обязанность» между индивидами без соответствующих власти и ответственности должностных лиц, на основании которых те поддерживают права и принуждают к исполнению обязанностей. Всякое право обладает двумя соответствующими ему обязанностями: обязанностью противоположного лица и обязанностью должностных лиц употреблять коллективную власть по отношению к этому лицу. Действительно, не только нет права, если нет средств судебной защиты, но и средства судебной защиты не могут применяться, если не существует власти, которая могла бы обеспечить ответственность должностных лиц. Нарушение позитивного права немедленно вызывает к действию посредством «действия закона» средство судебной защиты в виде «права на иск», которое есть не что иное, как официальная обязанность судов и исполнительной власти обеспечить осуществление этого позитивного права.

С другой стороны, метафизическое представление о том, что где-то существует объективный мир прав и обязанностей, превосходящих действительные права и обязанности, идет рука об руку с метафизическим представлением о том, что где-то существует такая сущность, как «государство», — существует отдельно от должностных лиц, которые определяют и приводят в исполнение волю государства. Такие метафизические концепции, конечно, весьма сильно влияют на умы людей просто потому, что люди живут будущим, а действуют в настоящем. При таковых обстоятельствах человек проецирует вовне, в мир идей, свои надежды и страхи и дает своим ожиданиям местопребывание и имя.

Но эти идеи всего лишь идеалы ■ — они существуют, но только в уме. Они существуют, потому что человек страстно желает безопасности для своих ожиданий, и вообще не может действовать без чувства безопасности как разумное существо. Позвольте анархии окружить его, и, в отсут-

⁵⁷ См. главу IV.

ствие чиновников, которые защищают его при помощи коллективной власти, он сразу же станет жертвой животных страхов, которые затмевают разум со всей его целостной схемой прав и обязанностей. Если человек лишается рациональных ожиданий, то власть над ним обретает живущий в нем дикарь. Не следует удивляться тому, что человек наполнил небеса божествами и сверхъестественными сущностями, — это его надежды.

Но реальный мир прав и обязанностей вокруг него — это коллективная воля, выраженная в действующих нормах, необходимость которых вызвана ограниченностью ресурсов. «Независимость» этого человека — это его власть отдавать, в соответствии с действующими нормами, приказания должностным лицам, которые одновременно суть инструменты коллективной воли и деятели, определяющие, чем будет эта воля, когда она будет действовать. Они тоже, как и обычный гражданин, склоняются к своим привычкам и идеалам и отвечают, в согласии со своими привычками и идеалами, на его призыв о помощи, если это необходимо. В этом отношении он пользуется «независимостью», равно как и свободой, поскольку получает поддержку коллективной власти, обеспечивающей реализацию его воли.

Однако в тот момент, когда его власть заканчивается, начинается его «ограничение в правах», и здесь коллективная власть перестает приходить ему на помощь. Здесь также заканчиваются его права, и он оказывается в состоянии незащищенности по отношению к свободе других.

Точно так же обстоит дело со взаимными обязанностями и свободами. Не только каждое право ограничено некоей незащищенностью (если только противоположные стороны не сведены до положения рабов с неограниченными обязанностями, которые не признают за собой собственной воли), но каждое право, с его ограничивающей незащищенностью, далее ограничивается взаимными обязанностями с их ограничивающими свободами, и это, в свою очередь, отвечает тому уровню власти, которую противоположные стороны могут употребить для того, чтобы обеспечить ответственность официальных лиц. Его обязанности — это всего лишь обязательства должностных лиц перед противными сторонами, а его свободы — всего лишь иммунитеты должностных лиц, которые ограничивают эти обязательства.

Таким образом, внутри этой подвижной конструкции из власти, ограниченности в правах, обязательства и иммунитета, равно как и в границах действующих норм, необходимо обусловленных скудостью ресурсов, воля индивида является коллективной волей-в-действии. Частные цели индивида являются общественными целями в той мере, в какой «общество» через определяющую власть своих инструментов, т.е. должностных лиц, которые осуществляют эту власть, дает ему в помощь

коллективную власть и защищает его неприкосновенность от действий этой власти. Его частные цели противоположны общественным целям в той мере, в какой те же самые деятели обеспечивают его подчинение воле других, и безразличны по отношению к общественным целям в той мере, в какой они обеспечивают его открытость по отношению к неприкосновенности других. Он одновременно общественно полезен и общественно бесполезен: общественно полезен в той мере, в какой власть общества дана ему для осуществления собственного выбора в форме прав и свобод, независимости и неприкосновенности при взаимодействии с должностными лицами; и он общественно бесполезен в той мере, в какой власть общества ограничивает применение этих возможностей посредством обязанности и незащищенности, посредством ответственности и ограничения в правах должностных лиц.

Таким образом, любой выбор любого должностного лица в императивной сделке, в сфере его власти и иммунитета, является осуществлением общественной цели, направленной на структурирование стимулов, создаваемых коллективной властью. Именно его поведение, сопровождаемое его интеллектуальными привычками, идеалами, определениями, исследованиями, классификациями, оценками и целями, смещает предпочтение в ту или другую сторону, когда определяется та роль, которую индивиды и классы будут играть в коллективной экономике.

Различие между представителями законодательной, судебной и исполнительной власти (например, полицейским) состоит в том, что представитель судебной власти имеет больше возможностей для размышления перед принятием решения. Именно такого размышления от него требует должная правовая процедура, которая заключается в том, чтобы, прежде чем принять решение, собрать все факты и оценить их в соответствии с их относительной важностью. Представитель исполнительной власти стоит ближе к частным партиям, поэтому велика вероятность того, что возьмут верх его личные симпатии и антипатии в отношении индивидов. Законодатель должен получить голос большинства, и поэтому его индивидуальная воля подвергается проверке. То же касается и Верховного суда. Должная правовая процедура опирается на голос большинства как на механизм принуждения полномочных индивидов к взвешиванию тех соображений, на основании которых они будут впоследствии определять, какое направление будет придано коллективной власти. Верховные суды находятся на наибольшем удалении от индивидов, интересы которых затрагиваются в рассматриваемых ими делах, поэтому они могут пересматривать общие принципы, и соответственно в заключениях как судейского большинства, так и судейского меньшинства подробно разбираются те основания, на которых они вынесены. Очень редко разногласие большинства и меньшинства касается

перечня фактов: факты ранее уже установлены в судах низшей инстанции по представлению прокуроров. Разногласия касаются важности, которая придается этим фактам. В ходе процесса включения и исключения важные факты включаются, а неважные — исключаются; включенные факты оцениваются и отбираются в соответствии с их относительной важностью. Мы уже отметили этот процесс в исторических изменениях, касавшихся определений и классификаций. Во всех рассмотренных нами делах мы видели, как этот процесс направлялся тем, что мы определили как чувство уместности и неуместности, которое возникает из привычки и обычаев и которое есть не что иное, как ощущение правильных или неправильных пропорций ограниченных и комплементарных факторов, необходимое для того, чтобы добиться той их пропорции, которая считается наилучшей. Удовлетворенное чувство уместности — это то чувство гармонии и единства, которое достигается за счет вписывания непосредственных сделок в общую схему жизни, как она воспринимается и принимается привычным образом. Это — то чувство справедливости, которое, исходя из опыта верховной власти над индивидом, приносит наибольшее из всех человеческих эмоций — удовлетворение (равно как и чувство несправедливости является наиболее деструктивным).

Конечно, это чувство уместности и справедливости бывает различным, как различен человеческий характер, потому что это чувство — не менее, чем вся личность (со всеми внутренними привычками и силой чувств, соединенными в определенной пропорции), находящаяся во взаимодействии с миром, который она ощущает как согласующийся или не согласующийся с ним. Это чувство может различаться в зависимости от возраста, времени, места и всего того, что составляет унаследованные черты и опыт индивида. Именно эти различия прослеживаются в расхождениях между мнениями большинства и меньшинства в суде и в эволюции определений и классификаций. Происходят борьба и отбор привычек и ощущений пригодности, такие, что те, чьи привычки и ощущения пригодности или справедливости наиболее близки к доминирующим в обществе тенденциям, выживают и доминируют.

Привычка разделять свою волю на составляющие отразилась в разделении коллективной воли на государственные и добровольные объединения. Государство выделяется как сущность, обладающая отдельным существованием и предоставляющая, преимущественно, услуги по безопасности. Но на самом деле государство — это чиновники-в-действии; их действие — это организация насилия в соответствии с должной правовой процедурой, а должная правовая процедура — это действующие нормы чиновников. Защита — это не нечто отвлеченное и отдельное, некий вид внешней силы, готовой прийти на помощь, когда нарушаются права на собственность или свободу, но она есть, в то же самое время, за-

благовременный выбор должностными лицами того направления, в котором они будут обеспечивать безопасность. Собственность, свобода и добровольные объединения существуют до тех пор, пока они в безопасности, а в безопасности они только в той мере и в тех аспектах, относительно которых должностные лица сообщают как об избранных ими для защиты. Эти аспекты и степень безопасности определяются их идеалами, определениями, исследованиями, классификациями, оценками и выбором. Когда аспекты и объем, в которых обеспечивается безопасность, меняются из-за изменений в определениях и ценностях, тогда меняется также и содержание понятий собственности, свободы и объединения.

Подобное абстрактное разделение мы находим в обычной классификации экономической теории, которая делит факторы на землю, труд, капитал и бизнес, а соответствующие доходы на ренту, зарплату, процент и прибыль. Такая классификация была произведена с позиции конкуренции индивидов и предприятий. Подобным образом конкуренция происходит на уровне каждого из факторов — земли, труда, капитала и бизнеса и устанавливает пределы, за которыми доходы в каждом из четырех случаев не могут повышаться или понижаться.

Но и индивид, и предприятия в одно и то же время принадлежат более чем одному фактору. Здесь мы имеем дело с обычным различием между *функциональным* распределением и распределением, затрагивающим личность. Конкурентные факторы функциональны, они действуют сходным образом в рамках каждого из четырех факторов. *Комбинация* этих факторов затрагивает личность, потому что она определяет процветание или бедность индивида. То же самое верно и относительно их сочетания в действующем предприятии — это тот инструмент, с помощью которого производится распределение, затрагивающее личность.

Невозможно различить, где начинается и где кончается функция предпринимателя. Все факторы разделяют риски, и существует соответствующая схеме организации градация рисков среди акционеров, держателей акций, облигаций и наемных работников. Управленческую функцию предпринимателя, которая сопровождается принятием рисков, также нельзя рассматривать отдельно. В некоторых предприятиях реальными руководителями являются банкиры или собственники-абсентеисты, в других — сильная личность на должности исполнительного директора, в третьих — совет директоров, а кое-где — даже наемные работники, организованные или неорганизованные, обладающие решающим голосом относительно того, как должно осуществляться управление предприятием.

То же самое касается и функции капиталиста. Даже наемные рабочие и управляющие — это инвесторы в бизнес: в той мере, в какой накапливаются невыплаченные зарплаты и жалованья и в какой сохраняются

ожидания продолжения работы; при этом формальный инвестор — это всего лишь тот, кто соглашается продлить период своего ожидания на большее время, нежели наемные рабочие и управляющие. То же самое касается земли — земля это всего лишь место, некое пространство для совместного действия машин, удобрений, плодородия, работников, управляющих и рынков; при этом доход от владения землей определяется экономическими законами, которые подобны тем, что определяют доход от гудвилла, патентов, лицензий и прочих разнообразных рыночных возможностей. Короче говоря, действующее предприятие поднимается до третьего принципа классификации, поскольку включает в себя не только конкурентную классификацию земли, труда, капитала и бизнеса и не только личную комбинацию этих факторов в рабочих местах и позициях индивидов, но также и официально осуществляемое определение пропорций этих факторов посредством стимулирования лиц, которые осуществляют политическое, производственное и моральное управление.

Таким образом, вместо традиционной классификации мы имеем разделение социальных отношений на позиции и предприятия. Всякое занятие — это позиция или рабочее место в действующем предприятии, будь то государство, коммерческое или культурное предприятие. Эта позиция имеет два аспекта — функциональный и связанный с личностью. С функциональной точки зрения, она обладает двойной функцией: предоставления и получения. Она предоставляет услуги другим при посредстве предприятия и получает услуги от других также при посредстве предприятия. С точки зрения личности, каждое лицо имеет столько же занятий или позиций, сколько существует предприятий, членом которых он является. Любой человек так или иначе является гражданином или должностным лицом государства, он является участником действующего бизнеса, а также членом семьи, религиозных или социальных организаций. Каждое из этих отдельных занятий данного человека, пропорции которых зависят от его характера в определенных случаях, определяет как его личность-в-действии, так и совокупность его интересов как собственника, иными словами, соответственно, его способности и возможности.

Наконец, с точки зрения официальной власти, человек является субъектом традиций, правил и законов, т.е. действующих норм, направляющих поведение, которые формулируются и приводятся в действие при помощи санкций (таких как насилие, нищета или общественное порицание), зависящих от характера предприятия, членом которого он является. Каждое предприятие состоит из позиций, которые индивиды занимают или оставляют, а само предприятие продолжает свое существование. Каждый индивид постоянно занимает и оставляет какие-либо позиции,

предоставляет или получает услуги от рождения до смерти. Таким образом, каждая позиция является одновременно функцией предприятия и функцией лица.

Предоставление и получение услуг каждым индивидом также подразделяются на функции. Предоставление услуг другим имеет три аспекта — труд, ожидание и риск. Его труд — это действие его физических, умственных и управленческих способностей. Его ожидание — это позволение другим пользоваться его услугами прежде, чем он воспользуется их услугами. Его риск — в планировании того, как избежать непредвиденных случайностей и получить преимущество, используя удачу и расчет. Его получение услуг от других также тройственно: возмещение за труд, ожидание и риск (все таковое зависит от его власти, возможности и желания побудить других к выплате возмещения). t

Таким образом, земля, труд, капитал и бизнес — это всего лишь классификации собственнических отношений предоставления и получения услуг. Все таковое имеет два аспекта. Владение землей, трудом, капиталом и предпринимательскими способностями — инструменты, при помощи которых можно предоставлять услуги труда, ожидания и риска, но они также и те инструменты, при помощи которых можно побудить других возместить труд посредством отказа в предоставлении труда, ожидания и риска. С одной стороны, все таковое — инструменты потребительной, или реальной, ценности (благодаря увеличению услуг), а с другой стороны, — инструменты номинальной ценности, или цены (благодаря власти отказывать в предоставлении потребительной ценности). В первом отношении они — инструменты «производственной власти», а во втором — «рыночной власти, позволяющей отстаивать свои интересы». В первом отношении они суть инструменты для умножения «общего блага», во втором — для получения его доли.

Функциональная, или, вернее, конкурентная, классификация земли, труда, капитала и бизнеса была разработана в экономической теории на основании допущения, которое мы называли «теорией свободы» государства — теории, которая исключала как прерогативу короля, так и монопольную власть индивидов или ассоциаций, происходящую из патентов или специальных привилегий, дарованных на основании этой прерогативы. Понятие собственности, которое оставалось после устранения этой верховной политической власти, было общеправовым понятием, понятием исключительного владения физическими вещами для своего собственного употребления. Оставшееся понятие свободы было понятием отсутствия принуждения, ограничения или обязанности в области торговли, налагаемых верховной властью суверена или тех, кто получает свою власть от него. Таким образом, собственность и свобода были лишены власти. Они были не более чем добровольным поведением

индивидов, которые не имели власти друг над другом. При устранении специальной привилегии, которая является не более чем властью правительства, в собственности и свободе индивидов не остается никакой власти принуждения.

Такая концепция согласуется с «теорией свободы» государства в том, что та была механистической теорией сложения элементарных частиц физической собственности и индивидов как отдельных элементарных частиц в целое, представляющее собой математическую сумму накапливаемого богатства и населения. Данное представление приводило скорее к теории производства физических потребительных ценностей, посредством которых каждый индивид добавляет свое количество физического богатства к целому, независимо от собственно добавляемого количества, нежели к теории уменьшающейся ценности, посредством которой каждый индивид одновременно повышает эффективность других и не допускает слишком большого добавления, чтобы сохранить для себя цены и рыночную власть.

И это привело к теории народонаселения и давления, оказываемого лишь его численностью, на средства к существованию, но не к теории правильного распределения населения по отдельным рабочим местам, благодаря чему национальное богатство могло бы расти быстрее, чем растет население. Это была теория накопления богатства индивидов, а не теория определения пропорций благосостояния для всех, и теория народонаселения, а не теория структурирования стимулов правительством.

Но волюнтаристивная классификация подразумевает как свободу, так и власть, поскольку позиция имеет два аспекта: производства и распределения с их двойственной функцией предоставления и получения. Занятие — это рабочее место и должность на действующем предприятии, и оно поддерживается традициями, правилами или законами этого предприятия, которые определяют пределы свободы и власти. Индивид одновременно предоставляет предприятию услуги и получает их от него в соответствии с организацией предприятия и своими собственными возможностями и своей значимостью для предприятия. Его положение — это его способности в действии, а традиции и законы предприятия — это границы, в которых он действует.

Мы уже отметили, что любой индивид — член нескольких предприятий, что подразумевает также подразделение его личности на отдельные «части». В случае высшего предприятия, т.е. государства, должностное лицо приводит в действие определенную коллективную власть, доверенную ему согласно его официальной должности. Его личность состоит из двух частей — общественной и частной. За пределами своей официальной власти он, как и любой другой гражданин, подчиняется императивным сделкам, которые управляют частными предприятиями и изме-

ряются правами, незащищенностями, обязанностями и свободами. Но и в пределах своей суверенной власти он также ограничен. Его ограниченная власть — то же самое, что ограниченное обязательство частного лица, принуждаемого к соответствующим ситуации исполнению, уклонению или воздержанию. Официальная ограниченность должностного лица в правах — это незащищенность не только его одного, но и коллективной власти по отношению к поведению гражданина, который в этих границах будет пользоваться иммунитетом или отсутствием обязательств. И взаимно — должностное лицо обязано исполнять волю гражданина в пределах и границах его официальных обязательств, которые в точности совпадают, даже тождественны власти гражданина требовать, чтобы коллективная власть государства была употреблена в его пользу. Но эта ответственность также ограничена иммунитетом должностного лица от взысканий, накладываемых в связи с употреблением или неупотреблением им коллективной власти, и этот иммунитет — то же самое, что ограничение в правах, или неспособность гражданина обязать коллективную власть действовать по его требованию. В рамках этого иммунитета он осуществляет избирание. Таким образом, официальное лицо — это государство-в-действии, а государство-в-действии — это императивные сделки официальных лиц и граждан, измеряемые юридическими мерами взаимной власти, ограниченности в правах, ответственности и иммунитета.

Может показаться, что необходимость в этих рассуждениях возникает вследствие своего рода онтологических тайн, сопровождающих понятие «коллективной воли», происходящих из двойной слабости человеческого ума, который создает отвлеченные образы и наделяет их душами и отождествляет то, что *должно* быть, с тем, что *есть*. Эта слабость ума была свойственна и Иммануилу Канту, чье «царство целей» было тем, что, по его мнению, должно быть и чьи лишенные тел человеческие существа все равно обладали душами. То же самое касается понятий верховной власти и корпоративной воли, которые были позаимствованы из эпохи творческого расцвета Канта. Верховная власть кажется волей Бога или волей народа, пребывающей неизвестно где, и хотя ясно, что у корпорации нет души, она обладает таинственной волей, которая где-то пребывает и действует, как душа.

В общем, смысл всего этого заключается в том, что верховная власть *должна* быть волей Бога или волей народа, и данная идея рассматривается как сущность, пребывающая отдельно от реального государства, которое явно не отвечает этому идеалу; точно так же корпоративная воля *должна* быть человеческой душой, но при этом она — бесстрастная сущность, отличающаяся от человеческих существ, действующих от ее имени.

Конечно, в этих онтологических тайнах имеются определенные вариации, зависящие от различия индивидов, которые, естественно, по-разному понимают, что *должно* быть и чего *не* должно быть, преимущественно из-за разницы в их привычках и желаниях. Но эти тайны столь далеки от реальности, что могут вбирать в себя самые разнообразные желания, не будучи при этом раскрыты. Поэтому они обладают определенной прагматической ценностью, так как во имя Бога, народа или воли корпорации отдельный чиновник или субъект может совершить то, что он не совершил бы, действуя только от своего имени. Он всегда может сказать, что у него не было возможности выбора, что как индивид он бы поступил иначе, и т.д.

Такое утверждение, конечно, может быть более или менее верным, потому что, как с точки зрения закона, так и в плане подчинения предприятия, у человека столько личностей, сколько существует предприятий, членом которых он является. Но оно верно в определенных пределах. Эти пределы — границы иммунитета, и они, будучи вопросом степени или количества, могут изменяться. Основной метод изменения этих границ, как мы уже видели, это изменение законодательства, или смена должностных лиц предприятия, которая обычно осуществляется либо изнутри — коллективным действием, либо извне — коллективной властью высшего предприятия, т.е. государства. Когда меняются эти границы иммунитета, то меняются и все остальные юридические измерения поведения: власть, ограниченность в правах и обязательства.

Эти перемены происходят там, где онтологическая тайна частично исчезла, и выясняется, что воля предприятия — это то, что делает предприятие, а предприятие делает то, что делают его должностные лица.

Но есть и другая, связанная с первой, прагматическая ценность онтологической тайны. Обрисовав для самих себя высшую волю, подчиненные исполнители, законодатели, судьи или другие деятели могут стать выразителями этой воли и прилагать ее директивы ко всем возникающим частным делам, не навязывая при этом своих индивидуальных мнений. Однако здесь возникает трудность, заключающаяся в том, что каждое дело представляет собой новый набор фактов, тогда как онтологическая воля является неизменной и предопределенной на все времена. Теоретически это затруднение разрешить сложно, но обычно оно решается самым простым путем: изменяются определения тех терминов, которые эта воля изначально использовала для выражения своих директив. Мы уже видели, как такой простейший метод был употреблен для изменения определений собственности и свободы, ограничения торговли и должной правовой процедуры и т.д.: везде, где казалось, что новые факты требуют изменений. То, что на самом деле происходило в эти важные моменты, — это получение судом некоторой степени иммунитета при

отсутствии высшей власти, которая могла бы предотвратить это изменение определений или же придать этому изменению другое направление. Изменение определений — самый простой и естественный способ изменения Конституции от того, что есть, к тому, что должно быть; и этот метод столь универсален и столь последователен для всех областей жизни, что воля Бога, или народа, или корпорации едва ли может осознавать происходящее. Этот метод является, безусловно, механизмом здравого смысла, благодаря которому человек может продолжать верить в неизменные сущности и при этом быть практичным.

Этот метод хорошо приспособливается к различным уровням власти и иммунитета, на которых действуют должностные лица. Границы не фиксированы и не определены, хотя они могут иметь тенденцию к этому там, где вводится должная правовая процедура. Именно ограничения, налагаемые этой процедурой, постепенно превратили королевскую прерогативу в суверенитет граждан, и она действовала столь эффективно, особенно после Закона о престолонаследии, что (в условиях неустрашимое™ той характерной слабости разума, из-за которой происходит отождествление того, что должно быть, с реальным поведением) когда юристы и экономисты XVIII-XIX вв. стали осмысливать эту ситуацию, они пришли к выводу, что суверенитет гражданина является одним из естественных прав человека. Власть человека требовать от чиновников исполнения их обязанностей в соответствии с действующими правилами предприятий даже стала одной из «возможностей» человеческой воли, способностью индивида к определенным действиям наравне со способностью обрабатывать землю, есть или думать. Реальное государство с его реальными чиновниками стало казаться неестественным, чем-то вроде силы принуждения, которая вмешивается и пресекает естественную свободу человека употреблять свои способности по своему усмотрению, а вовсе не коллективной властью, при помощи которой человек реализуют свою волю. Лучшее, что при таких обстоятельствах могло сделать государство для человека, — это оставить его в покое. Тем не менее эта коллективная власть, употребляемая в интересах индивидов в силу ответственности должностных лиц согласно направляющим их действия действующим нормам, является основным инструментом современной промышленности, поскольку она — это источник тех обременений и возможностей, которые образуют невещественный и нематериальный капитал, благодаря которому феодализм сменился капитализмом, а рабство — свободой.

Экономическая теория, как мы уже отметили, начинает с товаров, потом переносит свое внимание на чувства, а затем — на сделки. В этой последней области сделок строго бихевиористская теория начинает со сделок и завершается ими. Но этого недостаточно для того, чтобы объ-

яснить человеческое поведение. За всяким поведением стоит воля. Мы описывали в поведенческих терминах юридический процесс мышления, который представляет собой процесс человеческого поведения, но мы обнаружили, что суды не могут разрешать споры, не проводя различия между целью и процедурой. Процедура — это регулируемое поведение, но «субстанция» этого регулирования есть та цель, которую эта процедура обслуживает.

• * •

Это именно то, что мы определили как различие между «бихевиористской» и «волюнтаристской» теориями ценности. Бихевиористская теория принимает во внимание все факторы движущегося механизма по принципу множественности гипотез и стремится установить ту роль, которую каждый фактор играет в наблюдаемом совокупном поведении, безотносительно любых целей или сил, которые, как можно предположить, направляют поведение в том или ином направлении. Иначе говоря, бихевиористская теория — это физическая наука. Она достигает своего предела тогда, когда все движущие факторы механизма могут быть зафиксированы с помощью чисел и уравнений. Если в ходе эксперимента оказывается, что уравнения соответствуют фактам, то это — предел теории.

Мы можем найти иллюстрацию этому в той науке, которая по своей форме ближе всего к математике, — в астрономии⁵⁸. Сэр Исаак Ньютон предположил, что во всем пространстве действует Божественная воля, которая поддерживает порядок звезд и планет в соответствии с принципами евклидовой геометрии и его собственного дифференциального исчисления, изобретенного специально для этого случая. Кларк Максвелл упразднил Божественную волю, заменив ее космическим эфиром как связующей субстанцией, при помощи которой можно объяснить «действие на расстоянии». Однако они оба считали, что сам ученый находится в фиксированной точке Вселенной, и только Эйнштейн, обратив внимание на то, что ученый сам движется в космосе, создал учение об относительности движения, но все равно сохранил некий призрак космического эфира в своей гипотезе эфирных волн. Теперь мы находимся на последнем этапе, когда уже не осталось ни Божественной воли, ни космического эфира, ни его призрака, и математики описывают реальность при помощи чисел, уравнений, отношений и инерционных эффектов. Он дает «описание», а не «объяснение». Если затем, проверив свои уравнения в лаборатории, он обнаруживает, что они соответствуют фактам, то задача считается выполненной, поскольку он свел, насколько это возможно, все движения мира и электрона к простому числовому описанию. Таким образом, целью науки является простое установление математическими методами всех комплементарных факторов в движу-

⁵⁸ Ср.: *Veblen T. The Place of Science. P. 15.*

щемся механизме без каких-либо волюнтаристических или метафизических понятий причины и следствия, цели и инструмента, которые требуются ограниченному уму для того, чтобы объяснить, как происходит такое, что одна вещь может причинно обуславливать движение другой, удаленной от нее вещи без помощи некоего посредствующего и обеспечивающего непрерывность элемента.

Безусловно, именно такой математический агностицизм является целью, которую поставили перед собой так называемые бихевиористские школы психологии и социологии. В приложении к экономике — это статистическая, или математическая, репрезентация всех комплементарных факторов, которые соединяются при установлении отношений, временных лагов и прогнозов цен. Такая процедура должным образом сводит экономические феномены к математическим формулам цен, и если правильно проведенная проверка подтверждает, что эта формула отвечает реальному движению цен, объяснение считается состоявшимся. Вслед за астрономией и физикой экономика превращается в набор чисел и уравнений, который мы называем движением цен, подтверждаемых экспериментально, и вся наука сводится к числовым операциям, без допущений о причине и следствии, цели и инструменте, посредствующем элементе, обеспечивающем непрерывность, или других волюнтаристических, метафизических или призрачных понятиях.

С другой стороны, волюнтаристская теория делает еще один шаг вперед. После упразднения Божественной воли, космического эфира и вообще всей метафизики остается человеческая воля, которая таинственным образом действует на расстоянии — просто потому, что она не уделяет внимания *всем* комплементарным факторам, но отбирает тот ограничивающий фактор, который может быть поставлен под контроль, таким образом, чтобы через это направлять другие факторы, находящиеся в пространственном или временном отдалении. Возможность контроля возникает из того факта, что ограничивающий фактор является частью механизма и что уровень контроля человека над всем механизмом зависит от пропорций его предложения сравнительно с другими частями. Иначе говоря, эта возможность зависит от принципов механизма и принципов ограниченности ресурсов.

Все феномены человеческой воли в этом смысле оказываются «искусственными», в противоположность феноменам, которые можно определить как «естественные». «Искусственный» поэтому является не «нестественным», но в высшей степени естественным процессом человеческой воли, отбирающей ограничивающие факторы природы и человеческого естества для того, чтобы направлять определенные комплементарные факторы в направлении, которое желательно для достижения человеком своей цели. Все механизмы, с которыми имеет дело человеческая воля,

сами по себе искусственны, а с точки зрения эволюции, они несут на себе следы «искусственного отбора», отличного от «естественного отбора». Их история — это эволюция автомобиля или породистой лошади, а не эволюция мира или эволюция тигра. Такова же эволюция органов правительства, коммерческих организаций, банковской системы и семейного контракта — она вовсе не похожа на эволюцию роя пчел или стаи животных. В общем, можно сказать, что механизмы человеческой воли эволюционировали по двум направлениям, которые мы именуем «действующим производством» и «действующим бизнесом». Первое — это целенаправленный контроль над природой физического мира, а второе — целенаправленный контроль над человеческой природой, причем и то и другое осуществляется в согласии с цеховыми, или действующими, нормами, которые со временем меняются, но всегда направлены на контроль над действиями и сделками участников.

Экономическая теория, начиная с физиократов, стремилась избавиться от человеческой воли и объясняла экономические феномены в терминах физических или гедонистических сил. На человеческую волю опирались только меркантилисты и еще Отцы Церкви, когда они обсуждали экономические вопросы. Но воля считалась непредсказуемой, капризной и противоречащей естественным законам. В попытках освободиться от понятия воли эти физикалистские теории прошли две стадии: стадию естественных прав и физического равновесия, направленной эволюции Кенэ, Адама Смита и Карла Маркса и стадию естественного отбора слепой эволюции дарвиновского типа, главным сторонником которой среди экономистов был Веблен⁵⁹. На обеих стадиях теоретики пытались упразднить человеческую волю и объяснить экономические феномены как результат действия природных сил — направленных или слепых. Это было понятие об обществе как о естественном росте механического равновесия.

Но волюнтаристическая теория придерживается прямо противоположной точки зрения. Экономические феномены, насколько мы их знаем, — это результат искусственного, а не естественного отбора. Их эволюция напоминает эволюцию паровой машины или породы крупного рогатого скота, но не эволюцию континента, обезьяны или тигра. Если рассмотреть, как развивался паровой двигатель от Джона Уатта (1776) до локомотива «Моугэл» (1923), можно увидеть и то, как развивались экономические институты. Паровой двигатель развивался благодаря изучению механизмов природы, экспериментам с его частями и их реконфигурации, так что пар действовал как бы в двух направлениях, а не в одном, как предполагалось природой. То же касается и эволюции того процесса

⁵⁹ Veblen T. The Place of Science in Modern Civilization. 1919.

поведения, который мы называем политической экономией. Предмет — привычки, традиции и образ мышления производителей, потребителей, покупателей, продавцов, арендаторов, арендодателей и вообще всех тех, кто задействован в том, что мы называем экономическими сделками. Метод — это адаптация общих правил, приложимых к сходным сделкам всех тех, кто принадлежит к одному и тому же предприятию. Если рассмотреть развитие кредитной системы из традиций коммерсантов, касающихся купли и продажи, сдачи и взятия в аренду, и из традиций судов в решении споров сообразно меняющимся общим правилам, то можно увидеть и то, как развивалась политическая экономия. Желательные обычаи постепенно отбирались судами, нежелательные постепенно устранялись как дурные обычаи, и из целого возник текущий экономический процесс, «действующее предприятие», символизируемое потоком цен и действующее ради образования искусственного механизма правил поведения, создавая невещественную и нематериальную собственность, весьма отличную от ненаправляемых естественных процессов.

Таким образом, волюнтаристская, или экономическая, теория начинается с цели, для которой был создан, отлажен и реконструирован данный искусственный механизм, и спрашивает сперва, была ли эта цель полезной или бесполезной, законной или незаконной, моральной или аморальной, правильной или неправильной. Затем она интересуется, способствует ли рассматриваемый искусственный механизм экономичному и эффективному достижению этой цели, а если нет, то каков ограничивающий фактор, один из тысяч задействованных, который мешает этому, и до какой степени его можно и нужно контролировать для того, чтобы облегчить действие механизма и достигнуть исковой цели. Затем она адаптирует или меняет цеховые правила, действующие нормы, общее право или статутное право, которые регулируют действия и сделки участников. Это — теория, даже наука об искусственном, а не о естественном механизме. Какова теория моего автомобиля «Форд»? Этот механизм был разработан для перемещения по стране под моим управлением и перевозки груза и, таким образом, достижения той цели, которую я нахожу полезной. Но неожиданно, вопреки моему намерению, автомобиль останавливается. Он вышел из-под контроля. Я выхожу и ищу фактор, ограничивший его движение (возможно, замкнуло какой-то провод). Я как-нибудь изменяю этот ограничивающий фактор и восстанавливаю контроль над механизмом. С точки зрения бихевиористской теории, этот провод — только один из нескольких тысяч согласующихся факторов, и его доля в обеспечении совокупного результата составляет 1 %. Но с точки зрения волюнтаристской теории, этот провод был ограничивающим фактором в данный момент и при данных обстоятельствах, и контроль над ним в это время обеспечил 100% суммарного результата.

То же касается любого действия человеческой воли. Она всегда направлена на исследование, объяснение и контроль над ограничивающими факторами, которые препятствуют достижению ее целей в данный момент и при данных обстоятельствах. Человеческая воля всегда вносит элемент «искусственности» в силы природы, и этот искусственный элемент — предельная цель самой этой воли, сопровождаемая непосредственной или опосредованной инструментальной целью получения контроля над ограничивающим фактором посредством контроля над механизмом.

И то же касается всех феноменов политической экономии. Все они — текущий результат действий прав собственности и власти правительства, которые не раз изменялись в прошлом судами, законодателями и исполнителями при помощи контроля над человеческим поведением посредством действующих норм, ориентированных на те цели, которые были сочтены полезными или справедливыми законодателями и толкователями права. С бихевиористской точки зрения, нужно учитывать тысячи, даже миллионы факторов, чтобы объяснить феномены политической экономии, как бы проделывая путь от звезд до атомов. Но с позиции волюнтаристской теории в каждый конкретный момент и при каждом конкретном обстоятельстве экономист (и психолог тоже) имеет дело с тем, что считает набором ограничивающих факторов при достижении дальнейшей цели, которая является для него важной.

Ограничивающий фактор не во все времена и не при всех обстоятельствах один и тот же. Иногда он сводится к принципам механицизма, а иногда — к принципам ограниченности ресурсов: иногда замыкаются провода, а иногда кончается бензин. Иногда он — определенный факт физической природы, а иногда — определенный факт человеческой природы. Иногда это может быть учетная ставка, иногда — мировая война, иногда — наводнение или засуха. Дело экономиста — обнаружить, если возможно, этот ограничивающий фактор и, если возможно, установить степень, объем и момент времени, когда этот фактор нужно преобразовать или противодействовать ему для получения контроля над всеми прочими факторами ради достижения дальнейшей цели, которая считается важной.

Когда экономист обращается к поискам ограничивающего фактора в любом конкретном переплетении, он является одновременно ученым и бизнесменом или политиком. Трудно решить, в какой именно миг он переходит от «науки» к «искусству». Он ученый, вероятно, тогда, когда взвешивает — без предвзятости и определенной цели — отношение причины и следствия. Но он бизнесмен или политик постольку, поскольку он, после того как в качестве ученого обнаружил ограничивающий фактор, должен решить, уже как бизнесмен или политик, в данный момент

времени, какими должны быть степень прилагаемых усилий и объем действий, требующихся для установления контроля над этим фактором посредством переформулирования действующих норм предприятия, с целью корректировки всех прочих факторов в окончательном желаемом направлении. Поэтому различие между наукой и искусством бизнес-экономики или политической экономии — это различие между лабораторно-библиотечным знанием того, *что* надо делать, и пребыванием на позиции, предполагающей власть и ответственность, где требуется знание не только о том, *что* делать, но и *когда* делать, *сколько* и *в какой мере*, в определенное время и в определенном месте потока событий. Мы называем это принципом своевременности. Но существуют еще два волюнтаристических принципа, неотделимых от принципа своевременности, которые можно определить как принцип предвосхищения и принцип осторожности.

Экономическая теория, обращая свое внимание на товары и чувства, упускала из вида значение собственности и свободы, как эти понятия были разработаны судами. Следовательно, ее определения ценности и стоимости были сформулированы в терминах либо товаров, либо страдания и удовольствия, но не в терминах убеждения, принуждения, приказания и подчинения. Все таковое является психологическим эквивалентом не товаров, но привычек и традиций, действующих в своих законных рамках прав, обязанностей, свобод и незащищенностей. Если мы изменим наши термины, чтобы они соответствовали этим понятиям собственности, то ценность, с социальной точки зрения, является принципом стимулирования⁶⁰ в человеческих отношениях, а стоимость — это принцип сопротивления стимулированию. Или, если смотреть на то же самое с индивидуальной точки зрения, ценность — это принцип предвосхищения, а стоимость — принцип осторожности. И то, и другое возникают из принципа относительной ограниченности ресурсов, который есть принцип ограничивающих и комплементарных факторов и принцип контроля над предложением и механикой ограничивающих факторов. При том, что, с технической точки зрения, «физических» экономистов ценность была доходом, а стоимость — расходом товаров, а с гедонистической точки зрения, ценность была удовольствием, а стоимость — страданием, с точки зрения собственности, или волюнтаристической точки зрения, ценность и стоимость — это взаимообратные принципы стимулирования и предвосхищения, а сопротивление стимулу, или осторожность, — это принцип предложения ресурса и отказа в его предложении. Конечно, «стоимость», сопротивление, или осторожность, может быть как-то объяснена и оправдана отсылкой к страданию, потере, утра-

⁶⁰ Ср.: Anderson B. Social Value. 1911. Впрочем, в этой книге вещно-правовое не отличается от физического.

те счастья, но все это лишь заимствованные из этики наименования, используемые для описания реальных поведенческих феноменов, решения отказать в производстве или предоставлении услуг в силу какой-либо причины или вообще без причин. Принцип стоимости — это не более чем волюнтаристский, составляющий собственность принцип отказа от работы, ожидания, принятия рисков, продажи, покупки, сдачи и взятия в аренду или наем, пока предлагаемые условия не будут сочтены удовлетворительными или просто «потому, что он не хочет».

Это понятие собственности может с полным на то основанием именоваться психологической ценностью и психологической стоимостью. Оно включает в себя все понятия обоснованной цены, равно как и гедонистические понятия (в той мере, в какой они рассматриваются как ожидаемое удовольствие или страдание). Психологическая ценность и стоимость обозначают мотивы, стоящие за всеми оценками и выборами, которые, с социальной точки зрения, являются стимулированием и сопротивлением стимулам, с индивидуальной точки зрения, — предвосхищением и осторожностью, с бихевиористской точки зрения, — своевременностью, а в совокупности, т.е. при включении стимула, предвосхищения, сопротивления, осторожности и своевременности, являются собой волюнтаристское понятие цели.

Таким образом, существуют три принципа: предвосхищения, или стимулирования, осторожности, или сопротивления стимулам, и своевременности, которая отличает волюнтаристскую теорию от механистической теории. Каждый обращен в будущее, но описывает действие в настоящем. Предвосхищение и стимул — это ожидание выгоды, которое и побуждает к действию в настоящем; осторожность или сопротивление — отказ от действия до тех пор, пока время не покажется благоприятным; своевременность — это незамедлительное действие правильного рода, в правильный момент, на правильном уровне и в правильном объеме, которое диктует, судя по всему, точное предвосхищение и осторожность.

Но стоимость и ценность имеют также и объективный физический смысл в терминах конкретных товаров и услуг именно в том смысле, в каком его употребляли «физические» экономисты. Тогда стоимость — это расход или отчуждение товаров или услуг, а ценность — приход или приобретение товаров или услуг. И хотя «физические» экономисты не связывали этот физический доход и расход с сопровождающими их чувствами, эта связь столь тесная и сопровождающие их чувства столь глубоки, что это физическое понятие цены и стоимости может с полным на то основанием быть названо *реальной ценностью* и *реальной стоимостью*.

Наконец, ценность и стоимость имеют бихевиористское или просто номинальное и феноменалистическое значение в терминах текущих цен,

Но способы, посредством которых достигаются эти цели, заключаются в принятии определенных образов действия, которые обычно называют «принципами». Ценностный принцип, если рассматривать его не как внутреннее качество товаров и не отношение человека к природе, но как общественный принцип стимулирования и индивидуальный принцип ожидания, есть не что иное, как ожидаемая власть убеждения или принуждения, употребляемая по отношению к другим, которая в том, что касается экономики, стимулирует производство и ведет к требованию прав и свобод в том, что касается собственности. С другой стороны, стоимостный принцип, если рассматривать его как общественный принцип сопротивления и индивидуальный принцип осторожности, есть не что иное, как оказание услуг другим, причем в том, что касается экономики, он есть сопротивление исполнению, а в том, что касается собственности, — обязанность или открытость, соответствующие правам или свободам других. С этой точки зрения и ценностный принцип, и стоимостный принцип являются, безусловно, психологическими, поскольку отсылают к убеждению, принуждению, приказанию и подчинению, ожиданию и осторожности, при посредстве которых принимаются либо встречаются сопротивление исполнению, уклонение и воздержание. Непосредственный инструмент стимулирования — это ценовая система, опосредующий инструмент — товарная система, но обе они эффективны только в том случае, если влияют (и подвергаются влиянию) на невидимые психологические системы целей.

Здесь мы подходим к теории действующих предприятий, сходной с той, которую предложил Паунд в качестве «инженерной интерпретации истории права». Он отличает свою «инженерную интерпретацию» от «экономической интерпретации», но это отличие оказывается тождественным нашему различию между принципом ограниченности ресурсов и принципом механицизма, которые характеризуют отдельные школы экономической мысли. Паунд отождествил «экономическую интерпретацию» с теми экономистами, которые основывали свои теории на принципах механицизма, тогда как его «инженерная интерпретация» основана главным образом на принципе ограниченности ресурсов. Он считает, что «экономическая интерпретация» обнаруживается у Карла Маркса⁶³ и Брукса Адамса⁶⁴. Они оба основывали свои теории на физических или технических фактах «способов производства» и «обмена богатства» с характерной для них эволюцией индустриального общества (от стадии охоты и рыболовства через стадию скотоводства, ремесленного производства и торговли к стадии машинного производства).

⁶³ Marx K. Zur Kritik der politischen Oekonomie. 1859.

⁶⁴ Adams B. Centralization and the Law. 1906.

Сопутствующая концепция собственности предполагает владение физическими вещами для собственного исключительного использования, а концепция верховной власти предполагает совокупность собственников. Отсюда следует, что концепция индивида подразумевает изолированного индивида, а концепция общества — совокупность индивидов. Исходя из такого механистического представления Маркс и Адамс заключили, что классы собственников всегда контролируют правительство, поскольку именно они владеют инструментами, скотом и механизмами, и их собственность гарантируется только благодаря контролю над правительством. Легко увидеть, что этот вывод Маркса и Адамса, сделанный ими на основании названных физических концепций, восходит к механистическим допущениям Адама Смита, который основывался на своих принципах индивидуализма, эгоизма, разделения труда, свободы, Божественного Промысла или гармонии, отказа от объединений и правительств, за исключением тех, которые заняты поддержанием мира и охраной собственности. Именно эти допущения, к несчастью, внедрили в экономическую теорию те доктрины, которые Паунд рассматривает как «экономическую интерпретацию».

Собственно же «инженерная интерпретация» Паунда начинается с принципа ограниченности ресурсов, сформулированного Уильямом Джеймсом (хотя впервые его предложил Давид Юм⁶⁵). «В поисках универсального принципа, — писал Джеймс, — мы неизбежно приходим к самому всеобъемлющему принципу — что сущность блага состоит просто в удовлетворении потребностей... Но, раз в нашем скудном мире не могут быть удовлетворены все потребности одновременно, не должен ли руководящим принципом нравственной философии стать принцип постоянного удовлетворения тех потребностей, которые могут быть удовлетворены?»⁶⁶ «Именно это, — говорит Паунд, — кажется мне формулировкой проблемы правопорядка. Задача заключается в удовлетворении человеческих потребностей, обеспечении интересов или удовлетворении запросов с минимальными разногласиями и минимальными затратами, в связи с чем сам этот процесс сможет распространиться как можно более широко». Суммировав остальные интерпретации правопорядка (механистические, этические, биологические, экономические и метафизические), Паунд пришел к выводу, что все они могут быть охвачены этой более широкой трактовкой «социального проектирования», в рамках которого судья, как и законодатель, должен стремиться регулировать и гармонизировать человеческие отношения в мире ограниченных ресурсов.

⁶⁵ Pound R. Interpretations of Legal History. P. 157.

⁶⁶ James W. The Will to Believe. P. 195-206.

Таким образом, как мы видим, эта «инженерная интерпретация» является практически тем же самым, что и наша «экономическая интерпретация», и указывает на тот факт, что и экономическая теория, и этическая теория обладают единой традицией, которая, начиная с Роберта Мальтуса и Давида Юма, подчиняла принцип механицизма принципу ограниченности ресурсов. Эти два принципа не исключают друг друга (они взаимозависимы), но когда принцип ограниченности ресурсов делается доминирующим, он выдвигает на первый план другой аспект индивидуальности, собственности, свободы, возможности и суверенности. Собственность теперь, наряду с держанием вещи для собственного использования, становится властью отказывать другим в возможности пользоваться этой вещью, как то было впервые установлено в деле *Munn v. Illinois*. Индивид становится членом такого предприятия, как государство, которое затем начинает регулировать посредством общих правил его власть отказывать, поскольку индивид решает использовать свою собственность таким образом, что резко ограничивает ее предложение, в связи с чем другие оказываются в зависимости от него при использовании своей. Верховной властью теперь становится коллективная власть предприятия, устанавливающая свои действующие нормы в форме общего права, статутного права, права справедливости, административных предписаний — с целью лучшего регулирования человеческих сделок в мире относительной ограниченности ресурсов.

Как мы показали, именно этот принцип норм общего права, или действующих норм, является универсальным и предельным принципом любого действующего предприятия. Установление и обеспечение действия нормы осуществляется только одним способом — через наложение обязанностей на некоторых индивидов путем ограничения их свобод; и этот процесс автоматически создает соответствующие права и незащищенности других индивидов. Когда коллективное предприятие налагает эти этические обязанности, оно делает это при помощи тех действующих норм, которые направляют его официальных лиц, мастеров, директоров, судей и законодателей и которые известны в юриспруденции как власть, обязательство, иммунитет и ограниченность в правах.

Затем, мы обнаруживаем те три основных принципа, на которые опираются экономика, этика, право и психология и которые применимы к государству, к коммерческому и культурному предприятию: принцип механицизма, принцип ограниченности ресурсов и принцип действующей нормы⁶⁷. Вторичные принципы, происходящие из этих основных

⁶⁷ Некоторые из этих фундаментальных понятий предложил видный шведский экономист Густав Кассель. Ср.: *Cassel Y. Der Ausgangspunkt der theoretischen Oekonomie* 1158 Ztschr. für Staatsw. P. 668. 1902; *его же*. *Theoretische Sozialökonomie*. 2nd ed. 1921.

принципов, это принципы ожидания или стимулирования, осторожности или сопротивления стимулированию, своевременности или уместности воздействия на ограничивающие факторы в той степени и в том объеме, в каких они сочтены эффективными для достижения намеченной цели. Это воздействие подразумевает принцип механицизма (в том, что оно означает получение контроля над *стратегической частью* механизма) и принцип ограниченности ресурсов (в том, что оно означает выбор правильных *количественных* пропорций отдельных факторов, которые вносят свой вклад в функционирование механизма).

Но это подразумевает прежде всего принцип цели, обращенный в будущее, для которого измеряемыми аспектами являются ожидание, осторожность и своевременность, при том что движущей силой становятся предвидимые этические и экономические следствия. Именно эти последние создают «содержание» действующих норм, что мы видели в случае, когда Верховный суд изменил определение «должной правовой процедуры» от должного процесса к должной цели права. «Содержание» права, как и суть воли, есть цель; различие в том, что право — это «должная цель», а воля — это любая цель.

Экономическая теория, как и теория права, начинается со свободы, а не с цели. Свобода есть отсутствие физического принуждения индивида. Но общественная цель заключается в наделении индивидов посредством норм общего права, обязательных для всех в сходных обстоятельствах, возможностью обращаться к правительству для обеспечения исполнения своей воли. Эта цель действовала столь эффективно (особенно в Англии после Закона о престолонаследии), что права, которые она предоставляла, стали казаться естественными правами человека: не в смысле идеала, который человек должен обрести при помощи правительства, а в смысле чего-то такого, чем человек некогда обладал, но впоследствии был лишен правительством.

Такое анархическое понимание человеческой воли неотделимо от сопутствующего анархического понимания собственности. Собственность также воспринималась как естественное право, поскольку человек не может жить без исключительного владения и держания физических вещей, которые он потребляет или при помощи которых работает. Правительства же лишают индивидов собственности и свободы двумя способами: ограничивающим или протекционистским законодательством или предоставлением лицензий корпорациям. Кульминацией такого понимания свободы и суверенности стала Французская революция, которая учредила индивидуальную собственность и запретила все объединения⁶⁸.

⁶⁸ Закон Шапелье — Le Loi Chapelier, 1791.

Адам Смит, как мы уже замечали выше, находясь под влиянием этих идей, также хотел упразднить все корпорации и объединения, поскольку они ограничивают свободу индивида голосом большинства, и хотел свести деятельность правительства к минимуму — обеспечению безопасности. Предполагалось, что тем самым на месте «искусственной» политической экономии возникнет «естественная» экономика, которая будет действовать по естественным законам свободной конкуренции, спроса и предложения. Такая естественная экономика, конечно, фундаментальна, и ее нельзя избежать. Она происходит из того факта, что некоторые из природных ресурсов ограничены, а ограничивающие факторы должны приниматься во внимание, если комплементарные факторы должны хоть как-то употребляться. Но в эту экономику существенно вмешивается коллективная власть, осуществляемая через действующие нормы теми, кто контролирует механизм и предложение. Вместо упразднения объединений, о котором мечтал Адам Смит, слабость индивида вела его к созданию корпораций и профсоюзов, а правительства наделили эти ассоциации суверенной властью и неприкосновенностью, так что они стали гораздо более могущественными, чем те объединения, которые осуждались Адамом Смитом и Французской революцией. Кроме того, национальные государства вмешивались в естественную экономику спроса и предложения с помощью инструментов военной силы, налогообложения, регулирующей власти, возможностью выбора законного платежного средства, используемых при создании той невещественной и нематериальной собственности, о которой Адам Смит почти ничего не знал и которая теперь распространилась практически по всей Земле и обеспечивает подчинение везде, куда проникает верховная власть.

Эта суверенная власть обусловила новые пропорции, в которых объединяются факторы, отличные от тех, на которых в XVIII в. основывались понятия собственности и свободы. Ведь ограничивающие факторы — это не просто природные ресурсы, это права собственности на эти ресурсы, как они определяются принятыми действующими нормами общества. И эти права собственности есть не что иное, как человеческая воля, индивидуальная и коллективная, определенная для контроля над этими ресурсами и по закону наделенная властью и неприкосновенностью, необходимыми для контроля над механизмами, с помощью которых можно отказывать другим лицам в том, в чем они нуждаются и что они могут получить на особых условиях.

Область, на которую распространяется переговорная деятельность индивидов, зависит от экспансии государства. Путем завоеваний или приобретений оно расширяет свою территорию и тем самым расширяет свой рынок. Благодаря международным соглашениям оно открывает своим гражданам возможности и защищает их сделки во всех частях

Земного шара. Благодаря военным приготовлениям и обороне оно увековечивает эти завоевания, приобретения и проникновения на рынки. Такая работа правительства, состоящая в сделках суверена с другими суверенами, была определена нами как возможность государства к расширению, или, вкратце, как *политическое расширение*.

Но государство также определяет пропорции факторов, которые находятся под его контролем. Оно открывает такие-то, а не иные области, места или ресурсы. Оно делает это, в отличие от индивидов, не прямо, но опосредованно — через действующие нормы, которые руководят сделками индивидов. Оно поощряет или защищает такие-то, а не иные компании или сферы бизнеса, области деятельности или рабочие места. Оно ограничивает определенные виды деятельности, которые рассматривает как угрожающие целому. Определение пропорций факторов государством есть структурирование стимулов для индивидов и объединений индивидов, чтобы они действовали в таком-то, а не в ином направлении. Такое структурирование посредством действующих норм, стимулов для индивидов и ассоциаций есть *политическая экономика*, или политэкономия.

Таким образом, если политическое расширение заключается в сделках с официальными лицами других суверенов, благодаря чему увеличиваются возможности граждан, то политическая экономика заключается в сделках между официальными лицами одного и того же суверена, благодаря чему возможности пропорционально распределяются между гражданами. Все это вместе создает мировую экономику.

Экономическая теория, чтобы избежать этического понятия цели, обычно исходила из того, что устранение таких аморальных свойств сделок, как обман, насилие, принуждение или мошенничество, является задачей тех действующих норм, которые мы называем «правом», после чего оперировала только абстрактными понятиями полезности и обмена. Это типично для физических наук, которые служили моделью экономической науки. Но в науке о человеческих сделках нет четкой границы между полезностью, симпатией и обязанностью, между экономикой, этикой и правом. Право, т.е. действующие нормы общества, присваивает себе, в наиболее приемлемой форме, все стимулы, связанные с насилием, и тем самым упраздняет, насколько возможно, все аморальные стимулы. Но моральные и аморальные составляющие все равно сохраняются — просто потому, что обмен — это сделки между лицами, официальными и частными. Таким образом, бихевиористское определение политэкономии как общего предмета правоведения, этики и экономики должно не ограничиваться традиционной механикой «производства, обмена, распределения и потребления богатства» (которая представляет собой отношение человека к природе), но включать ее только как вторичный

Земного шара. Благодаря военным приготовлениям и обороне оно увековечивает эти завоевания, приобретения и проникновения на рынки. Такая работа правительства, состоящая в сделках суверена с другими суверенами, была определена нами как возможность государства к расширению, или, вкратце, как *политическое расширение*.

Но государство также определяет пропорции факторов, которые находятся под его контролем. Оно открывает такие-то, а не иные области, места или ресурсы. Оно делает это, в отличие от индивидов, не прямо, но опосредованно — через действующие нормы, которые руководят сделками индивидов. Оно поощряет или защищает такие-то, а не иные компании или сферы бизнеса, области деятельности или рабочие места. Оно ограничивает определенные виды деятельности, которые рассматривает как угрожающие целому. Определение пропорций факторов государством есть структурирование стимулов для индивидов и объединений индивидов, чтобы они действовали в таком-то, а не в ином направлении. Такое структурирование посредством действующих норм, стимулов для индивидов и ассоциаций есть *политическая экономика*, или политэкономия.

Таким образом, если политическое расширение заключается в сделках с официальными лицами других суверенов, благодаря чему увеличиваются возможности граждан, то политическая экономика заключается в сделках между официальными лицами одного и того же суверена, благодаря чему возможности пропорционально распределяются между гражданами. Все это вместе создает мировую экономику.

Экономическая теория, чтобы избежать этического понятия цели, обычно исходила из того, что устранение таких аморальных свойств сделок, как обман, насилие, принуждение или мошенничество, является задачей тех действующих норм, которые мы называем «правом», после чего оперировала только абстрактными понятиями полезности и обмена. Это типично для физических наук, которые служили моделью экономической науки. Но в науке о человеческих сделках нет четкой границы между полезностью, симпатией и обязанностью, между экономикой, этикой и правом. Право, т.е. действующие нормы общества, присваивает себе, в наиболее приемлемой форме, все стимулы, связанные с насилием, и тем самым упраздняет, насколько возможно, все аморальные стимулы. Но моральные и аморальные составляющие все равно сохраняются — просто потому, что обмен — это сделки между лицами, официальными и частными. Таким образом, бихевиористское определение политэкономии как общего предмета правоведения, этики и экономики должно не ограничиваться традиционной механикой «производства, обмена, распределения и потребления богатства» (которая представляет собой отношение человека к природе), но включать ее только как вторичный

элемент, а первично политэкономия должна определяться как набор отношений между людьми на национальном или международном уровнях. Это можно сформулировать так: политическая экономика и политическое расширение являются структурированием с помощью действующих норм предприятий стимулов (среди которых можно назвать убеждение, принуждение, подкуп, введение в заблуждение, обман, насилие и то, что им противоположно) для лиц (расположенных, нерасположенных или безразличных) в мире ограниченных ресурсов и механических сил ради достижения целей, которые публичные и частные участники рассматривают в данное время как, вероятно, содействующие частной, общественной или всемирной пользе.

Научное издание

Серия «Экономическая теория»

ДЖОН Р.КОММОНС

ПРАВОВЫЕ ОСНОВАНИЯ КАПИТАЛИЗМА

Главный редактор

ВАЛЕРИЙ АНАШВИЛИ

Заведующая книжной редакцией

ЕЛЕНА БЕРЕЖНОВА

Художник

ВАЛЕРИЙ КОРШУНОВ

Верстка

ОЛЬГА ИВАНОВА

Корректоры

ЕВГЕНИЯ КАЧАЛОВА,

САИДА ХОРОШКИНА

**НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
УНИВЕРСИТЕТ «ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ»**

101000, Москва, ул. Мясницкая, д. 20

Тел./факс: (499)611-15-52

Подписано в печать 10.10.2011. Формат 70х100/16

Гарнитура Minion Pro. Уел. печ. л. 32,0. Уч.-изд. л. 27,8

Печать офсетная. Тираж 1000 экз.

Изд. № 1232. Заказ № 3920

Отпечатано в ГУП ППП

«Типография “Наука”»

121099, Москва,

Шубинский пер., 6