

ФЕДЕРАЛЬНАЯ КОМИССИЯ ПО СВЯЗИ*

Рональд КОУЗ

Оглядываясь • Политика

ΟΙΚΟΝΟΜΙΑ • ΠΟΛΙΤΙΚΑ

1. Разработка мер государственного регулирования

В Соединенных Штатах никто не может эксплуатировать радиовещательную станцию, пока не получит лицензию Федеральной комиссии по связи. Эти лицензии не выдаются автоматически, а предоставляются или изымаются по усмотрению этой Комиссии, которая тем самым вправе выбирать тех, кто будет эксплуатировать радиовещательные и телевизионные станции. Каким же образом Комиссия приобрела подобную власть?

Использование радио, в основном для осуществления связи типа «судно-берег» и «судно-судно», приобрело широкие масштабы примерно в начале XX в.¹ В результате был выдвинут ряд законопроектов. Некоторые из них касались обеспечения безопасности на море, требуя установки на кораблях радиотехнического оборудования, привлечения опытных операторов и т. п. Другие, и именно те, которые нас интересуют, были предназначены для введения государственного контроля работы отрасли в целом.

Основания для выдвижения подобных предложений становятся

* *Coase R.* The Federal Communications Commission // *Journal of Law and Economics*. 1959. Vol. 2, Oct. P. 1—40.

¹ Это краткое описание становления государственного регулирования в области радиовещания не претендует на то, чтобы дать исчерпывающую информацию, однако в нем приводятся источники всех цитат и утверждений, если могла возникнуть трудность их идентификации. Особенно полезными оказались следующие книги и содержащиеся в них ссылки: *Warner H. P.* Radio and Television Law. Albany, N.Y.: Matthew Bender & Co., 1948; *Schmeckebier L. F.* The Federal Radio Commission: Its History, Activities and Organization. Washington, DC: The Brookings Institution, 1932.

Эта статья частично охватывает результаты исследований в области политической экономики радиовещания, расходы на которые были оплачены за счет гранта, предоставленного Фондом Форда. Выражая благодарность за финансовую поддержку, я должен сделать пояснение, что данный Фонд не всегда поддерживает те точки зрения, которые я высказываю. Эта статья была почти полностью написана в Центре по специальным исследованиям в области наук о поведении, и я весьма признателен Барбаре Андерсон за помощь в работе над статьей.

понятными из письма военно-морского министерства Комитета Сената по торговле, датированного 30 марта 1910 года, в котором, по мнению Комитета, «четко и лаконично» описывались цели законопроекта по регулированию радиосвязи, который затем подвергся подробному обсуждению. Военно-морское министерство объяснило свои мотивы тем, что каждая радиостанция

«считает себя самостоятельной и претендует на право посылать в эфир электрические волны в любое время, когда пожелает, в результате чего во многих местах царит хаос. Помехи, вызванные военно-морским министерством, создают препятствия общественным делам. Сигналы бедствия с кораблей, которым угрожает опасность в море, остаются незамеченными или заглушаются из-за царящего в эфире бедлама, созданного многочисленными станциями, которые пытаются выйти на связь одновременно. Озорным и безответственным операторам, по-видимому, доставляет большое удовольствие подражание другим станциям и отправление ложных сигналов. Этих примеров вполне достаточно, чтобы утверждать, что подобная ситуация недопустима и что она продолжает ухудшаться».

В своем письме военно-морское министерство сразу перешло к сути дела, отметив, что оно в сотрудничестве с другими правительственными министерствами

«в течение многих лет добивалось принятия закона, который хоть немного бы упорядочил неконтролируемое состояние радиосвязи, и хотя оно предпочло бы принятие закона, согласно которому все беспроводные станции попадали бы под контроль правительства, оно осознает, что в настоящее время такой закон мог бы оказаться неприемлемым для граждан этой страны»².

Законопроект, который упоминается в этом письме, был принят Сенатом, но не введен в действие Палатой представителей. К концу 1911 года в Сенат был подан такой же законопроект. Подкомитет пришел к выводу, что он «даст слишком много власти двум правительственным министерствам и предоставит слишком большие привилегии военным и военно-морским станциям, в то же время не очень четко определяя ограничения и условия, которыми могли бы руководствоваться коммерческие предприятия»³. В результате был внесен другой законопроект, который был одобрен как Сенатом, так и Палатой представителей и вступил в силу 13 августа 1912 года. Согласно Акту, любой субъект, эксплуатирующий радиовещательную станцию, обязан был иметь лицензию, выданную министром торговли. Эта лицензия должна была включать подробное описание формы собственности и местоположения станции, длины волны или волн, разрешенных к использованию, время, когда станции разрешается работать, и т.д. Нормы, которые имел право отменить министр торговли, требовали, чтобы станции указывали обычную длину волны (которая должна была быть не более 1600 м и не менее 600 м), однако станция могла использовать волны другой длины, выходящие за уже установленные пределы. Любителям нельзя было использовать волны, длина которых превышала 200 м. В Акт были включены различные другие технические требования. Главное различие между законопроектом, внесенным в 1910 году, и принятым Актом заключалось в том, что отдельные нормы подробно излагались в самом Акте, тогда как вначале правом их вводить и предупреждать помехи «сигналам бедствия с кораблей или с военных и военно-морских станций, производимые частными и ком-

² S. Rep. No 659, 61st Cong., 2d Sess. 4 (1910).

³ S. Rep. No 698, 62^d Cong., 2d Sess. 3 (1912).

мерческими станциями» был наделен министр торговли; такое же право было представлено президенту страны⁴.

Прошло не так много времени, как были сделаны попытки внести в закон изменения. Вновь прозвучало предложение, чтобы министр торговли имел право вводить регулирующие нормы. Даже был внесен законопроект по созданию в области электросвязи монополии почтового министерства. В 1917 и 1918 годах были внесены законопроекты, которые бы позволяли контролировать радиовещание военно-морскому министерству. В действительности законопроект 1918 года был очень точно охарактеризован министром военно-морского флота Джозефусом Дэниелсом как «дающий военно-морскому министерству право собственности, исключительное право, на всю беспроводную связь, используемую в коммерческих целях». М-р Дэниелс пояснил, что радио было «всею лишь способом связи, власть над которым должна находиться в одних руках, чтобы предотвратить помехи... Вопрос о помехах касается только беспроводной связи и не имеет никакого отношения к кабельной связи или телеграфу». Некоторые члены комитета Палаты представителей, которым М-р Дэниелс привел эти доказательства, спросили его, не было ли бы достаточно регулировать время работы и длину волн, используемых радиостанциями, в то же время оставив их в руках частных лиц. Однако позиция м-ра Дэниелса осталась непоколебимой:

«На мой взгляд, государство должно обладать монополией на этот особый вид связи, точно так же и даже в большей степени, как в случае с почтой, потому что иные люди могут посылать почту поездами без каких-либо помех, но использовать без помех воздух они не могут».

Позже М-р Дэниелс пояснил: «Существует только два способа эксплуатации беспроводной связи: государством или по лицензии, выданной единственной корпорации; другого безопасного и подходящего способа нет». Это вызвало у одного из членов комитета вопрос: «Из-за помех в эфире, не так ли?» В ответ м-р Дэниелс сказал: «Существует определенный объем эфира, и его невозможно разделить среди людей соответственно тому, как они хотели бы его использовать; контроль над ним должен быть сосредоточен в одних руках». Позже один из советников м-ра Дэниелса, командир корабля Хупер, сказал комитету:

«В силу существования помех радио является естественной монополией; эту монополию должны осуществлять либо государство, которому принадлежат радиостанции, либо единственный концерн, сосредоточивший в своих руках собственность на эти станции, оставив государство в стороне»⁵.

В 1918 году положение военно-морского министерства было достаточно прочным, чтобы протолкнуть свои прежние требования, выдвинутые перед принятием акта 1912 года. Оно контролировало радиовещание в течение всей войны и, в результате строительства новых и приобретения некоторых частных станций, в его собственности находилось 111 из 127 существующих в Америке коммерческих береговых станций. Тем не менее, комитет Палаты представителей, по-видимому, посчитал аргументы военно-морского ми-

⁴ Следует также упомянуть еще один законопроект (S. 5630, 61st Cong., (1912)), который возложил задачи по регулированию радиосвязи на Комитет по межштатному транспорту и торговле, а также другой (H. R. 23716, 62nd Cong. (1912)), установивший государственную собственность на беспроводной телеграф.

⁵ Слушания по H. R. 13159, законопроекту о дальнейшем регулировании радиосвязи; до этого — House Committee on the Merchant Marine and Fisheries, 65th Cong., 3rd Sess. (1918).

нистерства неубедительными, и этот законопроект не вступил в силу. Эти вопросы никогда больше не поднимались. Возникновение отрасли радиовещания привело к тому, что о радиосвязи нельзя было по-прежнему думать исключительно как о связи типа «точка—точка» и поручать ее заботам военно-морского министерства.

Отрасль радиовещания зародилась в начале 1920-х годов. В 1920 и 1921 годах уже работало несколько радиовещательных станций, но в 1922 г. их число резко возросло. 1 марта 1922 года в Соединенных Штатах насчитывалось 60 радиовещательных станций. К 1 ноября их было уже 564⁶. Отвечая как министр торговли за исполнение Акта 1912 года, м-р Герберт Гувер столкнулся с задачей защиты сигналов этих новых станций от взаимных помех и помех существующих станций. В феврале 1922 года м-р Гувер пригласил представителей различных правительственных министерств и радиовещательной отрасли на первую Конференцию по радио. На Конференции было предложено усилить контроль со стороны министра торговли над созданием радиовещательных станций и распределять диапазон длины волн между различными видами связи. В 1923, 1924 и 1925 годах были проведены другие конференции⁷. Законопроекты, в которых содержались рекомендации этих конференций, были внесены в Конгресс, но ни один из них не был принят в качестве закона. Министр торговли пытался реализовать эти рекомендации путем внесения в лицензии подробного описания условий. Однако по решению суда, трактующего Акт 1912 года иным образом, он был лишен права регулировать деятельность радиостанций подобными методами.

В 1921 году м-р Гувер отказал в продлении лицензии телеграфной компании «Интерсити радио компани» на том основании, что помехи других радиостанций будут препятствовать использованию любой доступной ей длины волны. Компания подала в суд, и в феврале 1923 года его решением было установлено, что министр торговли не имеет права отказывать в лицензии по собственному усмотрению⁸. Разумеется, это означало, что министр утратил контроль над многочисленными станциями, которые могли быть созданы в дальнейшем. Однако редакция решения суда, по-видимому, предполагала, что министр обладает правом выбирать длину волны, которую может использовать держатель лицензии. Следующее решение лишило его даже этого права. В 1925 году компании «Зенит Радио Корпорэйшн» была предписана длина волны, равная 332,4 м, ей позволялось работать лишь по четвергам с 10.00 до 12.00, и только потому, что весь этот период времени не был затребован Денверской станцией, принадлежащей компании «Дженерал Электрик». Это говорит о том, на какие жесткие рамки к этому времени сам себя обрек м-р Гувер. Не удивительно, что «Зенит Компани» была не восторге от таких предложений, и на самом деле работала на волнах той длины и в то время, которые не предусматривались лицензией. Впоследствии за нарушение Акта 1912 года эта компания была подвергнута уголовному преследованию. Однако в решении, вынесенном в апреле 1926 года, было сказано, что Акт не дает министру торговли права устанавливать правила и что от него требуется лишь выдавать лицензии, подчиняющиеся нормам самого Акта⁹. Как мы уже убедились, это просто предполагало, чтобы используемая длина волны была не более 1600 м и не менее 600 м. Решение по делу компании «Зенит» казалось в некотором смысле противоречащим решению по

⁶ См.: *Schmeckebier L. F.* Op. cit. Supra note 1. P. 4.

⁷ Более подробно об этих конференциях см.: *Ibid.* P. 6—12.

⁸ *Hoover vs. Intercity Radio Co.*, 286 Fed. 1003 (App. D. C., 1923).

⁹ *United States vs. Zenith Radio Corp.*, 12 F. 2^d 614 (N. D. Ill., 1926).

делу «Интерсити радио компани», и министр торговли запросил по этому поводу мнение Генерального прокурора. Он поддержал решение по делу компании «Зенит»¹⁰. Это означало, что министр торговли был вынужден давать лицензию любому, кто за ней обратится, и после этого лицензиаты свободно выбирали мощность своей радиостанции, часы работы и длину волн, которую они будут использовать (за пределами, установленными Актом). Последовавший за этим период часто называли «хаосом в радиовещании». За следующие девять месяцев было создано более двухсот радиостанций. Они использовали мощность и длину волн по собственному желанию, в то время как многие из существующих станций прекратили соблюдать условия, которые министр торговли дополнительно включил в их лицензии.

В течение многих лет Конгресс изучал различные предложения по регулированию радиосвязи. Решение по делу компании «Зенит» значительно усилило давление в пользу принятия нового законодательства. В июле 1926 года в качестве временной меры против установления прав собственности лицензиатов на радиочастоты обе палаты Конгресса приняли совместную резолюцию, предусматривающую, что не будет выдаваться ни одной лицензии на эксплуатацию радиостанции на срок, превышающий девяносто дней, или станции другого типа более, чем на два года. Кроме того, лицензии не должны были выдаваться до тех пор, пока кто-либо не «откажется от права или посягательства на право использовать волны любой длины или эфир для радиопередачи против Соединенных Штатов». Это было отголоском прежней резолюции Сената (принятой в 1925 году), в которой было провозглашено, что эфир и его использование должны находиться в «неотчуждаемой собственности народа Соединенных Штатов...». Когда в декабре 1926 года был вновь созван Конгресс, Палата представителей и Сенат быстро согласились на меры по всестороннему регулированию радиовещательной отрасли, которые в феврале 1927 года приняли силу закона.

Этим Актом была создана Федеральная комиссия по радиосвязи. Кроме всего прочего, от нее требовалось распределить радиостанции по категориям, предписать им виды оказываемых услуг, выделить длину волны, определить мощность и местоположение радиопередатчиков, регламентировать виды используемой аппаратуры, а также принять меры по предотвращению помех. Было предусмотрено, что те, кто желает получить лицензии на эксплуатацию радиостанций, должны иметь письменные заявления, включающие такие сведения, предоставление которых может предписать Комиссия, как

«гражданство, репутация, финансовое положение и другие профессиональные качества претендента на лицензию; форма собственности и местоположение предполагаемой станции или станций, с которыми предполагается поддерживать связь, если таковые имеются; частоты или длина волны, которые необходимо использовать, а также желательная мощность; время суток или другие периоды времени, в течение которых планируется эксплуатировать станцию; цели, в которых станция должна использоваться, а также другую подобную информацию, если она требуется».

Комиссии разрешалось выдавать лицензии, если это служило «интересам общества, а также вызвано необходимостью или удобством». Выданные лицензии не могли передаваться кому-либо другому без разрешения Комиссии. Кроме того, в духе совместной резолюции 1926 года, от лицензиатов требовалось подавать любую просьбу об использовании длины волны или эфира в письменном виде.

¹⁰ 35 Ops. Att's Gen. 126 (1926). Вопрос был задан 4 июня 1926 г., а ответ получен 8 июля 1926 г.

Тем самым Комиссия была наделена широкими правами по регулированию радиовещательной отрасли. Тем не менее, ей было запрещено заниматься цензурой:

«Ни один пункт данного Акта не следует понимать или толковать как предоставление органу лицензирования права цензуры радиосвязи или сигналов, передаваемых любой радиостанцией; органом лицензирования не будет провозглашено или установлено ни одного правила или условия, которое бы нарушило право на свободу слова посредством радиосвязи».

Однако Акт налагал некоторые ограничения на радиопрограммы. Было запрещено использовать вульгарные, непристойные и оскорбительные выражения. Станциям не разрешалось ретранслировать программы без разрешения передавшей их станции. Следовало объявлять фамилии людей, оплачивающих или предоставляющих программы. И, наконец, было предусмотрено, что если лицензиату разрешалось стать правомочным кандидатом на осуществление государственного радиовещания, всем прочим кандидатам предоставлялись равные возможности.

Властные полномочия Федеральной комиссии по радиосвязи не распространялись на радиостанции, которые эксплуатировало федеральное правительство, за исключением случаев, когда передаваемые сигналы не имели отношения к государственным делам. Эти правительственные станции подчинялись президенту. Фактически распределение частот для правительственных нужд осуществлялось под эгидой Межведомственного консультативного радиокомитета, который был сформирован еще в 1922 году, но продолжал существовать и после того, как была создана Федеральная комиссия по радиосвязи.

В 1934 году полномочия, осуществляемые Федеральной комиссией по радиосвязи, были переданы Федеральной комиссии по связи, на которую также возлагалась ответственность за регулирование телефонной и телеграфной связи. Эти изменения в управленческом механизме мало повлияли на отношения между органами власти и радиовещательной отраслью. В действительности разделы Акта 1934 г., имеющие отношение к радиовещанию, в значительной степени воспроизводили Акт 1927 г.¹¹ Время от времени в Акт 1934 г. вносились поправки, но они касались в первую очередь процедурных вопросов, а основное его содержание оставалось без изменений¹². В том виде, в котором эта система существует сегодня, — это, по сути, та система, которая была создана в 1927 г.

2. Коллизия с доктриной свободы прессы

По своему характеру ситуация в американском радиовещании в основном мало отличается от той, которая возникла бы, если бы перед комиссией, назначенной федеральным правительством, была поставлена задача отбирать в каждом городе и в каждой деревне Соединенных Штатов субъектов, которым бы разрешалось выпускать газеты и периодические издания.

¹¹ Главное различие между этими двумя актами заключалось в том, что в Акт 1934 г. было включено два новых положения. Одним из них был запрет на рекламу и проведение лотерей (Section 316, Title 18, U. S. C. § 1304). Другое требовало от владельцев студий, которые предлагают программы (не важно, по проводным сетям или нет) для иностранных станций, которые могут принимать в США, получать разрешение от Комиссии (Section 325 (b)).

¹² Поправка Дэвиса 1928 г. предписывала Комиссии распределить радиотехническую аппаратуру поровну между пятью регионами Соединенных Штатов, а справедливое распределение между штатами каждого региона соответственно величине населения было вписано в Акт 1934 г. Однако в 1936 г. была восстановлена оригинальная редакция Акта 1927 г., требовавшая от Комиссии всего лишь, чтобы она осуществляла «справедливое, эффективное и объективное распределение».

Подобное предложение было бы, конечно же, отклонено как несовместимое с доктриной свободы прессы. Однако радиовещание является источником новостей и мнений, имеющих не меньшее значение, чем те, которые содержатся в газетах и книгах, и, коль скоро оно имеет отношение к доктрине свободы прессы, в наше время его действительно принято включать в состав средств массовой информации. Комиссия по свободе прессы во главе с м-ром Робертом М. Хатчинсом, чтобы охватить «все средства сообщения новостей и общественного мнения, эмоций и убеждений посредством газет, журналов или книг, радиовещания, телевидения или кино», использовала термин «пресса»¹³. Профессор Захария Чафи почти не сомневался в том, что Первая поправка касается радиовещания¹⁴. Похожая точка зрения была высказана в Верховном суде: «Мы не сомневаемся в том, что, подобно газетам и радио, кинофильмы входят в состав прессы, свободу которой гарантирует Первая поправка»¹⁵. Кроме того, как отметил м-р Льюис Колдуэлл,

«радиостанция может быть ликвидирована, а ее владелец лишен прав на свои капиталы и средства к существованию за устное распространение высказываний, которые, если бы они были опубликованы в газетах, защищались бы Первой поправкой к Конституции именно от такого рода репрессий»¹⁶.

Во время дискуссий, предшествующих формированию Федеральной комиссии по радиосвязи, м-р Гувер провел различие между двумя проблемами — предотвращением помех и выбором тех, кто будет эксплуатировать станции:

«...идеальной ситуацией, как я ее понимаю, было бы регулирование Федеральным правительством трафика в части распределения длин волн, а также контроля мощности и соблюдения правил, предупреждающих помехи, при предоставлении каждому сообществу широкого права голоса в определении того, кто должен занять выделенную этому сообществу длину волны»¹⁷.

Однако, как мы уже знаем, решение обеих этих задач было передано Федеральной комиссии по радиосвязи. Тот факт, что Комиссия была лишена права цензуры, некоторые интерпретировали в том смысле, что она не будет заниматься вопросами программ радиопередач, а станет действовать в эфире просто в качестве «регулирущика дорожного движения». Однако Комиссия утверждала — и в этом ее поддержал суд, — что для того, чтобы решить, служит ли выдача лицензий общественным интересам, удобству или необходимости, следует принять во внимание программы, предлагаемые в настоящее время или в прошлом. Один комментатор высказал замечание, что в 1949 году «Комиссия вышла далеко за рамки отведенной ей роли «регулирущика трафика в эфире». Контроль радиовещания превратился в нечто большее, чем регулирование, вызванное технической необходимостью; он превратился в регулирование поведения, и эта тенденция все возрастает»¹⁸.

¹³ A Free and Responsible Press: A Genreal Report on Mass Communication, Newspapers, Radio, Motion Pictures, Magazines and Books / The Commission on Freedom of the Press. Chicago: University of Chicago Press, 1947. P. 109.

¹⁴ Government and Mass Communications / Chafee Z. (ed.). Chicago: University of Chicago Press, 1947. P. 235—241.

¹⁵ United States vs. Paramount Pictures, Inc., 224 U. S. 131, 166 (1948).

¹⁶ Caldwell L. G. Freedom of Speech and Radio Broadcasting // Annals of the American Academy of Political and Social Science. 1935. Vol. 177, Jan. P. 179—207.

¹⁷ Opening Address of Herbert Hoover before the Fourth Annual Radio Conference (1925). Воспроизведено в: Hearings on S. I. and S. 1754. Radio Control, before the Senate Committee on Interstate Commerce. 69th Cong., 1st Sess. 50, 57—58 (1926).

¹⁸ Old Standards in New Context: A Comparative Analysis of FCC Regulation // The University of Chicago Law Review. 1950. Vol. 18, No 1, Aut.

Комиссии было приказано выдавать или возобновлять лицензии, если это будет служить «общественным интересам, удобству или необходимости». Эта фраза, взятая из законодательства о регулировании инфраструктурных отраслей, не имеет четкого смысла. Она «значит почти так же мало, как любая другая фраза, которую могли бы использовать составители Акта, и просто удовлетворяет конституционному требованию о том, что должен существовать некий образец, который послужил бы ориентиром для управленческой мудрости органа лицензирования»¹⁹. Кроме того, эта фраза не могла приобрести определенного смысла из-за непоследовательности решений Комиссии. И конечно же, одним из факторов, который Комиссия принимает во внимание, является характер программ, предлагаемых претендентом на радиочастоту или канал, и окажется, что предложения любого заявителя, у которого есть хороший юрист, включают прямые передачи с участием местных исполнителей и программы, в которых обсуждаются общественные проблемы (эти типы программ, по-видимому, Комиссия предпочитала больше всего). И когда приходит время возобновить лицензию, которая теперь выдается на три года, просматриваются прежние программы станции²⁰.

Убедительным примером разницы в положении владельца радиостанции и издателя газеты является дело м-ра Бейкера, который эксплуатировал радиостанцию в штате Айова и в 1931 году получил отказ в возобновлении лицензии на том основании, что он транслировал ожесточенные нападки на личности и институты, которые ему не нравились. Комиссия заявила:

«Комиссия не располагает сведениями о Медицинской ассоциации и других сторонах, которые не нравятся м-ру Бейкеру. Их предполагаемые грехи иногда могут иметь достаточно серьезное общественное значение, чтобы привлечь к ним внимание публики и наставить на путь истинный при помощи эфира. Однако записи свидетельствуют о том, что м-р Бейкер не вел себя столь разумным образом. Они показывают, что посредством эфира он то и дело высмеивал личные хобби, обсуждал свои идеи по излечению рака и свои симпатии и антипатии в отношении отдельных личностей и вещей. То, что он всем этим доставлял огорчение слушателям, вне всяких сомнений, означает, что он использовал лицензию неподобающим образом. Многие из его высказываний вульгарны и даже непристойны. Конечно же, они не поднимают настроение и не развлекают.

Хотя мы не можем заниматься цензурой, наша обязанность заключается том, чтобы следить за тем, чтобы лицензии на радиовещание не использовались в целях саморекламы, и оберегать образцы хорошего вкуса, соответствующие нашему времени и поколению»²¹.

Совсем не удивительно, что это решение было охарактеризовано как «чистейшая цензура»²².

¹⁹ *Caldwell L. G. The Standart of Public Interest, Convenience or Necessity as Used in the Radio Act of 1927 // Air Law Review. 1930. Vol. 1, July.*

²⁰ Я не ставил перед собой задачу предложить обзор политики Федеральной комиссии по радиосвязи и Федеральной комиссии по связи по отбору претендентов и возобновлению лицензий. С обсуждением этих вопросов читатель может ознакомиться в следующих источниках: *Warner H. P. Op. cit. Supra note 1; Edelman J. M. The Licensing of Radio Services in the United States, 1927 to 1947 // University of Illinois Studies in the Social Sciences. 1950. Vol. 31, Issue 4; Report of the Network Study Staff on Network Broadcasting. Ch. 3: Performance in the Public Interest / Federal Communications Commission. 1957.*

²¹ *Decisions of the FFC. 1931. June 5. Docket No 967. Цит. по: Caldwell E. C. Censorship of Radio Programs // Journal of Radio Law. 1931. Vol. 1, Oct.*

²² *Ibid.*

Попытки Комиссии повлиять на составление программ не вызвали особого сопротивления, за исключением двух случаев, когда радиовещательная отрасль высказала решительный протест. Первый из них был вызван так называемым решением по делу «Мэйфлауэра», принятым в 1940 году. Бостонская радиостанция передала редакционный материал, подталкивающий к избранию определенных кандидатов на государственные должности и содержащий высказывания по спорным вопросам. За это Комиссия покритиковала станцию и возобновила ее лицензию только после того, как получила гарантии, что она больше не будет передавать редакционные материалы. В 1948 году Комиссия пересмотрела этот вопрос и опубликовала доклад, в котором, несмотря на то, что доктрина «Мэйфлауэра» открыто не отрицалась, редакционные оценки одобрялись как соответствующие критерию «общей справедливости». Комиссия признала, что методы ее управления включают ограничение свободы, но что это было вызвано необходимостью:

«Любое регулирование радиовещания, особенно система ограничения прав, является в подлинном смысле ограничением неотъемлемого права на свободу личности выражать себя посредством радиосвязи. Однако это ограничение является необходимым и существенным условием предотвращения беспорядочных помех, разрушающих огромный потенциал этого средства общественного просвещения [sic!] и развлечения.

Затем Комиссия продолжила:

«Наиболее важным смыслом свободы радиовещания является право народа Америки свободно слушать это великое средство коммуникации, не подвергаясь какому-либо диктату со стороны правительства, предписывающего, что ему можно слушать, а что — нельзя, и в равной степени не подвергаясь каким-либо ограничениям со стороны частных держателей лицензий».

Мне непонятно, что имела в виду Комиссия. Вряд ли она стремилась отдать должное принципу «невидимой руки»²³.

Второй конфликт возник в связи с публикацией в 1946 году Федеральной комиссией по связи так называемой Голубой книги, озаглавленной «Обязанности держателей лицензий на радиовещание по оказанию общественных услуг». В этом докладе Комиссия указала на то, что она собирается обратить серьезное внимание на вопросы составления программ и что с большей степенью вероятности будут возобновлены лицензии тех станций, которые передают поддерживающие программы, прямые передачи и программы, посвященные обсуждению общественных проблем, и избегают «чрезмерной рекламы». В отношении поддерживающих программ утверждалось, что их следует использовать с целью

«(а) поддержания баланса программ; (б) предоставления времени для программ, не пригодных для спонсорства; (в) предоставления времени для программ, удовлетворяющих вкусам и интересам меньшинства; (г) предоставления времени для некоммерческих организаций — религиозных, гражданских, сельскохозяйственных, трудовых, образовательных и т. д. и (д) предоставления времени для экспериментов и свободного артистического самовыражения»²⁴.

Утверждали (в том числе Джастин Миллер из Национальной ассоциации работников вещания), что публикация Голубой книги носила антиконсти-

²³ Editorializing by Broadcast Licensees, 13 F.C.C. 1246, 1257 (1949). Cf. Mayflower Broadcasting Corp., 8 F.C. C. 333 (1940).

²⁴ Federal Communications Commission, Public Service Responsibility of Broadcast Licensees 55 (1946).

туционный характер, поскольку противоречила Первой поправке, но суды не высказали своего мнения по этому поводу.

Изучение Комиссией прежней деятельности претендентов на получение лицензий иногда угрожало другим свободам. Одним из примеров служит судебное разбирательство по делу «Дэйли Ньюс». Издатели нью-йоркской «Дэйли Ньюс» подали заявку на разрешение им строительства FM-станции. Вмешался Американский еврейский конгресс, утверждая, что заявку следует отклонить, потому что имеются доказательства наличия у «Дэйли Ньюс» предубеждений

«в отношении групп меньшинства, особенно евреев и негров, и что она публиковала безответственные и клеветнические материалы и редакционные статьи, касающиеся этих меньшинств... тем самым газета продемонстрировала ... что она не готова быть лицензиатом радиостанции, поскольку нельзя быть уверенными, что она будет эксплуатировать свою станцию, справедливо относясь ко всем группам населения и точкам зрения, существующим в обществе».

Приемлемость подобных доказательств вызвала сомнения, но Комиссия настаивала на том, что их можно принять, в то же время заявляя, что в данном случае они недостаточно убедительны. Владельцам «Дэйли Ньюс» было окончательно отказано в их просьбе на другом основании, хотя утверждалось, что в принятии решения фактически сыграли роль доказательства, представленные Американским еврейским конгрессом. Совершенно очевидно, что газета, редакционная политика которой одобрена Комиссией, с большей степенью вероятности получит лицензию на радио- или телевидение, чем любая другая газета. Ясно, что под угрозой находится свобода прессы в самом ее строгом смысле²⁵. Еще одно дело было связано с политической деятельностью владельца радиостанции м-ра Эдварда Ламба. Во время предыдущих слушаний м-р Лимб отрицал свои связи с коммунистами. В 1954 году, когда наступило время возобновления его лицензии, Комиссия обвинила его в том, что его прежнее заявление было неискренним. По словам профессора Ральфа Брауна, Бюро по радиовещанию Федеральной комиссии по связи, «к сожалению, предъявило в поддержку своего обвинения целую коллекцию ненадежных и лживых свидетельств, которые были бы выдвинуты на любом судебном процессе политического характера». И, наконец, после длительного судебного разбирательства, лицензию возобновили, но в своем решении Комиссия отказалась признать, что она «не имела права выяснять прошлые связи, направления деятельности и убеждения...»²⁶.

Если мы спросим, почему такая политика Комиссии вызывала столь слабое сопротивление, ответом, несомненно, будет то, что она была крайне непоследовательной в навязывании своего мнения представителям радиовещательной отрасли. Иногда лицензии возобновлялись при условии, что программы, против которых возражала Комиссия, никогда не будут транслироваться. Лицензии некоторых владельцев не были возобновлены преимущественно или исключительно в силу возражений против передаваемых программ. Но число таких случаев невелико, а программы, в отношении которых высказывались возражения, были посвящены таким темам, как гадание, результаты скачек

²⁵ См.: WBNX Broadcasting Co., 12 F.C.C. 805 (1948). Мнение о том, что этот факт мог оказать некоторое влияние на решение Комиссии см. Radio Program Controls: A Network of Inadequacy, 57 Yale L.J. 275 (1947).

²⁶ Brown R. S. (Jr.) Loyalty and Security: Employment Tests in the United States. New Haven, CT: Yale University Press, 1958. Более подробно об этом случае и вызванных им вопросах можно ознакомиться в статье того же автора: Brown R. S. (Jr.). Character and Candor Requirements for FCC Licensees // Law and Contemporary Problems. 1957. Vol. 22, No 4.

и медицинские консультации, или содержали нападки на государственных чиновников, медицинские ассоциации и религиозные организации²⁷.

Любому, кто не принадлежит к отрасли радиовещания, трудно оценить масштабы влияния взглядов и мнений Комиссии на составление программ радиопередач. На первый взгляд, трудно поверить в то, что осторожный подход Комиссии испугал бы многих владельцев станций. Однако в качестве доказательства власти Комиссии можно сослаться на полное согласие отрасли с решением по делу «Мэйфлауэра». Более того, Комиссия пользуется широкой поддержкой, и мало кто из тех, у кого имеются более или менее значимые интересы в области радиовещания, пожелал бы столь открыто пренебрегать приказами Комиссии.

3. Причины существования сложившейся системы

Профессор Чафи отметил, что новейшие средства коммуникации подверглись более жесткому контролю, чем те, что существовали прежде:

«В течение многих столетий общественные проблемы обсуждались лишь посредством газет, книг, брошюр и массовых собраний, так что необходимость в их защите осознавалась уже давно. С другой стороны, когда были введены или благодаря новейшим изобретениям заметно усовершенствованы дополнительные методы распространения фактов и идей, у писателей и судей не вошло в привычку заботиться о защите их свободы. Таким образом, мы стали терпимо относиться к цензуре почтовой корреспонденции, импорта зарубежных книг, спектаклей, кинофильмов и радиопередач»²⁸.

Это бесспорная истина, что разница между положением прессы и радиовещания отчасти связана с тем фактом, что печатные машины были изобретены в пятнадцатом, а радиовещание — в двадцатом веке. Но это далеко не вся история. Многие из тех, кто уступил ограничению свободы прессы в области радиовещания, сделали это весьма неохотно, принимая ситуацию как вынужденное, хотя и достойное сожаления, следствие особой технологии данной отрасли.

Судья Франкфуртер, оглашая решение Верховного суда по одному из судебных прецедентов в области радиовещательного права, обратил внимание на причины существования сложившейся системы:

«Положение, в которое радиовещание попало до 1927 года, можно было отнести на счет нескольких основных фактов, касающихся радио как средства связи. Его возможности ограничены, оно недоступно любому, кто пожелал бы им воспользоваться, и радиочастотный спектр просто недостаточно велик, чтобы обеспечить всех. Существует определенное естественное ограничение на количество станций, которые могут действовать, не мешая друг другу. Поэтому регулирование радиовещания было жизненно необходимо для его развития точно так же, как для развития автомобильного транспорта был нужен дорожный контроль. При введении в 1927 году Акта по радиовещанию — первой всеобъемлющей системы контроля над радиосвязью — Конгресс действовал, зная, что регулирование было жизненно важным для того, чтобы не были растрочены впустую потенциальные возможности радиовещания».

²⁷ См.: Report of the Network Study Staff on Network Broadcasting. *Supra* note 20, at 150—151. Точное число случаев, когда отказ в выдаче лицензии был связан с прошлыми программами (то есть, в которых лицензии были бы возобновлены при условии изменения программ), неизвестно. См. *Smead E. E. Freedom of Speech by Radio and Television*. Wash.: Public Affairs Press, 1959.

²⁸ *Chafee Z. (Jr.) Free Speech in the United States*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1942.

Тем, кто утверждал, что нам следует «считать Комиссию чем-то вроде регулировщика дорожного движения, контролирующего длину радиоволн, чтобы не допустить помех», судья Франкфуртер ответил:

«Однако Акт не ограничивает действия Комиссии одним лишь надзором над движением. Возможности радиовещания не столь велики, чтобы удовлетворять потребности всех желающих его использовать. Необходимо разработать методы для выбора среди многих претендентов. И поскольку сам Конгресс не может этим заниматься, эта задача поручена Комиссии.

Однако Комиссии не была предоставлена свобода в выполнении этой обязанности. В качестве критериев Конгресс предложил «общественный интерес, удобство или необходимость».

...Возможности радиовещания ограничены и потому имеют высокую ценность; нельзя допустить его расточительного использования в ущерб интересам общества... Поэтому нельзя освободить Комиссию от функции лицензирования, просто решив, что против выдачи лицензий не существует технологических возражений. Если критерий «общественного интереса» свести к подобным вопросам, как смогла бы Комиссия осуществлять выбор между двумя претендующими на одни и те же возможности субъектами, каждый из которых в финансовом и техническом отношении способен эксплуатировать станцию? С самого начала федеральное регулирование радиовещания, рассматриваемого как услуга, руководствовалось стандартом «общественного интереса, удобства и необходимости»²⁹.

События, предшествовавшие введению государственного регулирования, были очень ярко описаны профессором Чарльзом Зипманом:

«Невозможно описать тот хаос, который порождали все более и более восторженные первопроходцы, вступившие в область радиовещания. Любители перекрывали сигналы профессионалов. Многие из профессионалов, вещающих на волнах одной и той же длины, или заключали джентльменское соглашение, деля между собой время радиовещания, или начинали резать друг другу глотки, занимаясь радиовещанием одновременно. Как следствие, радиослушатели, пытаясь услышать какую-либо программу на шумном фоне других программ, испытывали раздражение. К оглушающей какофонии звуков добавляла свои пульсирующие точки и тире осуществляемая при помощи азбуки Морзе связь „судно-берег“».

Профессор попытожил ситуацию, сказав следующее: «За долгих семь лет частное предпринимательство не смогло навести порядок в своем собственном доме. Ожесточенная конкуренция одновременно сдерживала надлежащее развитие радиовещания и подвергала слушателей невыносимым нагрузкам и неудобствам»³⁰.

Несмотря на признание справедливости этих аргументов в целом и высокие должности специалистов, которые их излагали, в основе разделяемого ими мнения лежало недопонимание сути проблемы. Судья Франкфуртер, по-видимому, считал, что регулирование на федеральном уровне необходимо потому, что число радиочастот ограничено и люди хотят использовать их в большем объеме, чем это возможно. Однако в экономике то, что почти все используемые в экономической системе ресурсы (а не только радио- и телевизионные частоты) ограничены в объеме и являются редкими в том отношении, что люди хотели бы использовать их в большем, чем имеется, количестве — это избитая фраза. Редкими являются земля, труд и капитал,

²⁹ *National Broadcasting Co. vs. United States*, 319 U.S. 190, 213, 215—217 (1943).

³⁰ *Siepmann C. A. Radio, Television and Society*. New York: Oxford University Press, 1950.

но само по себе это не требует государственного регулирования. То, что для принятия решения о том, кому из многих претендентов следует разрешить использовать ограниченный ресурс, нужно использовать тот или иной механизм, — верно. Но способ, при помощи которого это обычно делается в американской экономической системе, состоит в использовании ценового механизма, благодаря которому распределение ресурсов между потребителями не требует государственного регулирования.

По-видимому, профессору Зипману можно приписать заблуждение, которое существовало задолго до государственного регулирования провалов частного предпринимательства и конкурентной экономической системы. Однако на самом деле следовало тревожиться о том, что на эти редкие радиочастоты не было установлено никаких прав собственности. Из нашего обыденного опыта нам известно, что при помощи ценового механизма землю можно распределить между пользователями, не испытывая нужды в государственном регулировании. Но если бы прав собственности на землю не существовало, так что пользоваться земельным участком мог бы каждый, ясно, что это вызвало бы путаницу, и ценовой механизм не смог бы работать в силу того, что здесь не существовало бы прав собственности, которые можно было бы приобрести. Если бы один субъект мог использовать участок земли для выращивания урожая, потом явился бы другой человек и построил на этой земле дом, а потом — еще один человек и этот дом снес, чтобы использовать эту площадь под стоянку автотранспорта, возникшую ситуацию, несомненно, следовало бы назвать хаосом. Однако было бы ошибкой обвинять в этом частное предпринимательство или систему конкуренции. Система частного предпринимательства не может функционировать должным образом, пока не будут установлены права собственности на ресурсы, а, когда это сделано, тот, кто хотел бы использовать ресурс, должен заплатить собственнику за его приобретение. Хаос исчезает, и что должно делать государство, так это, конечно же, создавать правовую систему для установления прав собственности и разрешения споров. Но здесь, конечно же, нет необходимости в регулировании того рода, которое мы теперь обнаруживаем в области американского радио- и телевидения.

В 1951 году в ходе комментария по проблеме стандартов в области цветного телевидения м-р Лео Херцель предложил использовать для распределения радиочастот ценовой механизм. Он сказал:

«Самой важной функцией регулирования радиовещания является распределение ограниченного фактора производства — радиочастотных каналов. Федеральная комиссия по связи должна определить, кому достанется ограниченное количество каналов, доступных в то или иное время. Это по существу не политическое, а экономическое решение».

Позже м-р Херцель утверждал, что каналы следует сдавать в аренду тому, кто предложит самую высокую цену³¹. На эту статью отреагировал бывший главный экономист Федеральной комиссии по связи, профессор Даллас Смит из Института исследований связи Университета Иллинойса. В своей статье профессор Смит привел доводы против использования в радиовещании ценового механизма³².

³¹ *Herzel L.* “Public Interest” and the market in Color Television Regulation // *The University of Chicago Law Review*. 1951. Vol. 18, No 4.

³² *Smythe D. W.* Facing Facts about the Broadcast Business // *The University of Chicago Law Review*. 1952. Vol. 20, No 1, а также возражение ученого, м-ра Лео Херцеля, опубликованное в: *The University of Chicago Law Review*. 1952. Vol. 20.

Прежде всего, профессор Смит отметил, что коммерческое радиовещание было не «основным пользователем радиочастотного спектра», а «второстепенным на него претендентом». Он пояснил, что «с технической точки зрения радиочастотный спектр вплоть до 1 000 000 кГц допускает коммерческое использование. Исходя из этого, 2,3% его общего объема используется на исключительной и 7,2% — на долевого основе». Однако, по словам профессора Смита, даже эта цифра может создать преувеличенное представление о значении радиовещания. «Федеральная комиссия по связи распределила на разные нужды около 30 000 000 кГц. Из этого объема исключительное использование на нужды коммерческого радиовещания составило менее одной десятой процента, а на совместной основе — две десятых процента»³³.

Затем профессор Смит перешел к объяснению, кто же использует преобладающую часть радиочастотного спектра. Прежде всего, это были вооруженные силы, правоохранительные органы, пожарная служба, Бюро погоды, Лесная служба и радиолюбители, «каждый из которых по определению мог бы заплатить за пользование частотой» (это, несомненно, соответствует современной точке зрения о том, что любитель — это некто, кто не платит за вещи, которыми пользуется). Затем шли многочисленные коммерческие пользователи, не занимавшиеся радиовещанием. Это были частные телекоммуникационные компании, радиотелеграф и радиотелефон, транспортные службы, корабли, находящиеся в открытом море, железные дороги, трамвайные и автобусные службы, грузовой транспорт, портовые плавучие средства и такси. Кроме того, это были различные специализированные пользователи, такие как электроэнергетические, газовые и водные концерны, нефтяная отрасль (которая использовала радиоволны для связи, а также для геофизических исследований), киноиндустрия (для работы на местности) и т. д. Профессор Смит высказал следующее мнение:

«Конечно, было бы несерьезным предлагать, чтобы некоммерческие пользователи радио (такие как полиция), не связанные с радиовещанием средства связи (такие как радиотелеграф) и коммерческие пользователи (такие как нефтяная отрасль), предлагающие цену в один доллар, стали бы конкурировать за распределение каналов с пользователями, занимающимися радиовещанием».

На это м-р Херцель ответил:

«Это определенно предлагается всерьез. Такие пользователи конкурируют по поводу всех прочих видов оборудования, в противном случае они его не получают. Я думаю, что более интересен вопрос, почему всерьез предполагается, что они не должны конкурировать за радиочастоты?»

Конечно, непонятно, почему мы должны полагаться на Федеральную комиссию по связи, а не на обычный механизм ценообразования, чтобы решить, будет ли пользоваться определенной частотой полиция, радиотелефония, такси, нефтяная компания при проведении своих геофизических исследований, кинокомпания, чтобы поддерживать связь с актерами, играющими в фильме, или радиостанция. На самом деле многообразие потребностей говорит о том, что в данном случае использование ценового механизма было бы особенно выгодным.

Профессор Смит также утверждал, что использование рыночного контроля зависит от «экономического предположения о том, что для сферы электроники характерна высокая степень конкуренции». Это до некоторой степени

³³ Разумеется, не все эти радиочастоты в равной степени подходят для использования в целях радиовещания.

крайняя точка зрения. Система распределения, требующая определенных издержек управления, сама по себе ведет к неправильному распределению ресурсов и может вызвать некоторую тенденцию к монополизации, благодаря чему мы скорее были бы вполне готовы допустить несовершенную конкуренцию в достаточно серьезном масштабе, чем заменить систему распределения рыночным контролем. Тем не менее, к проблеме монополии, конечно же, нужно относиться серьезно. Однако это не означает, что радиочастоты нельзя распределять посредством рынка или что для контроля монополизации мы должны привлекать специальную организацию, Федеральную комиссию по связи, а не использовать обычную в таких случаях процедуру. На самом деле к радиовещанию вполне применимы антитрестовские законы, и недавно мы узнали о том, как министерство юстиции приняло меры в том случае, в котором Комиссия не посчитала свои действия необходимыми³⁴. Это не одна из тех ситуаций, когда две организации исполняют один и тот же закон. В конечном итоге, это два разных закона. Федеральная комиссия по связи не связана антитрестовским законодательством и может отклонить заявку на лицензию на основании монополистической практики претендента, несмотря на то, что это может быть неправомерным с точки зрения антитрестовских законов. Таким образом, хотя сфера радиовещания и является объектом антитрестовского регулирования, одновременно она подчиняется другим правилам, не включенным в правовой кодекс, а придуманным Комиссией³⁵.

Можно попытаться узнать, нужна ли такая система радиовещательной отрасли, однако это не тот вопрос, который меня волнует больше всего. Чтобы повысить конкурентоспособность системы, возможно, следует не позволять некоторым фирмам эксплуатировать радиостанции (или большее их количество) и запретить отдельные виды деятельности; однако это не означает, что те, кого посчитали подходящими для эксплуатации радиостанций, не обязаны платить за те частоты, которые они используют. То, что необходимо регулировать монополизацию нефтяной отрасли, не вызывает сомнения, однако это вовсе не предполагает, чтобы отрасль по пустякам предъявляла иски нефтяным компаниям. Контроль монополии — это отдельная проблема.

4. Система ценообразования и распределение радиочастот

Можно почти не сомневаться, что идея использования частной собственности и системы ценообразования для распределения радиочастот — это единственная идея, с которой абсолютно незнакомо большинство людей, занимающихся политикой в области радиовещания. В качестве примера рассмотрим комментарий к статьям м-ра Херцеля и профессора Смита, который появился в журнале «Journal of the Federal Communications Bar Association» и тем самым был адресован самой осведомленной в области проблем регулирования радиовещания группе людей из Соединенных Штатов: «Вся эта дискуссия превысит возможности большинства читателей»³⁶. Или возьмем

³⁴ См. *United States v. Radio Corp. of America*, 358 U.S. 334 (1958).

³⁵ Сравним это с решением суда по делу *Mansfield Journal Co. v. FCC*, 180F. 2d 28, 33 (App. D. C., 1950): «Независимо от того, нарушала ли компания Мэнсфилд своими действиями закон, и от того, какое определение по этому вопросу выносят этот суд и Федеральная комиссия по связи, они по-прежнему могут ограничить возможности компании по обслуживанию населения. Таким образом, здесь не выясняется, была ли законной или незаконной в строгом смысле конкурентная практика компании Мэнсфилд. Монополия в сфере массового распространения новостей и рекламы противоречит интересам общества, даже если она не попадает под запрет антитрестовских законов».

³⁶ *Recent Articles*, 13 Fed. Com. B. J. 89 (1953).

ответы м-ра Франка Стэнтона, президента компании Си-би-эс и одного из самых опытных и способных людей в этой области, которые он дал, когда во время парламентского расследования член Палаты представителей Роджерс поднял вопрос о возможности распределения телевизионных каналов путем выставления их на продажу по самым высоким ценам.

М-р Роджерс: Доктор, что Вы думаете о предложении Правительства по передаче ему всех этих каналов, объявлении торгов на конкурентной основе и предоставлении их тем, кто предложит самую высокую цену, которую были бы согласны заплатить налогоплательщики?

М-р Стэнтон: Это новая теория, и я не сталкивался с такими теориями в течение моей карьеры оператора. Несомненно, она полностью противоречит Акту по связи 1927 года со всеми внесенными в него впоследствии поправками.

М-р Роджерс: Мне это известно, но если бы правительство владело участком земли, на котором Вы выращиваете скот, оно бы взяло с Вас плату за пользование землей. Почему не было бы столь же разумным брать с человека плату за пользование эфиром, как и за пользование пастбищем? Почему нужно делить людей на группы, освобождая от платы одну из них и заставляя платить другую за нечто весьма похожее?

М-р Стэнтон: Это новая и оригинальная концепция. Если хотите, я думаю, что ее следовало бы применить ко всему радиочастотному спектру, а не только к телевидению.

М-р Роджерс: Я это понимаю. Не думаете ли Вы, что лучше это было бы действительно свободное предпринимательство, благодаря которому налогоплательщики получали бы вырученные доходы?

М-р Стэнтон: Очевидно, Вы об этом много размышляли, а я услышал это от Вас впервые³⁷.

«Новая теория» (новая для Адама Смита), разумеется, состоит в том, что распределение ресурсов должно быть обусловлено силами рынка, а не быть результатом решений правительства. Если отбросить неправильное распределение как результат политического давления, обычно тому, чтобы административные органы, которые пытаются выполнять свою функцию, довели дело до конца при помощи механизма ценообразования, препятствует два обстоятельства. Прежде всего, им не хватает точной денежной меры выигрышей и издержек, обеспечиваемой рынком. Во-вторых, по самой природе вещей они не могут владеть всей необходимой информацией, имеющейся у менеджеров любого предприятия, которое использует или могло бы использовать радиочастоты, чтобы хоть как-то судить о предпочтениях потребителей в отношении различных благ и услуг, при производстве которых можно использовать радиочастоты. На самом деле, чтобы получить такую информацию, нужны продолжительные исследования, а Федеральная комиссия по связи принимает свои решения только после длительных дискуссий, которые часто длятся годами³⁸. Чтобы упростить задачу, Комиссия принимает решения произвольно. Например, она выделяет определенный диапазон частот (и

³⁷ Hearings on Subscription Television before the House Committee on Interstate and Foreign Commerce, 85th Cong., 2^d Sess. 434 (1958).

³⁸ Бывший председатель Федеральной комиссии по связи утверждал, что регулирование могло бы не иметь смысла, «если... [Комиссия] не успевала бы получать информацию о новейших разработках и политике отрасли, когда отрасли известно больше, чем правительству». *Edelman J. M.* Op. cit. Supra note 20, at 20. Но отрасль обязательно будет знать больше, чем Комиссия.

только его) на определенные специфические цели. Ситуация, в которую попала Комиссия, охарактеризована в недавнем выступлении ее члена Роберта Ли. Он рассказал, что рассматривался вопрос о проведении исследования назначения частот ниже 890 МГц, но будет ли оно проведено, неизвестно:

«Это предложение вызвало серьезную дискуссию внутри и за пределами Комиссии... Исследование наиболее переполненного спектра ниже 800 МГц представляет собой исключительно трудную административную задачу. Хотя это не оправдание, я надеюсь, что все примут во внимание чрезвычайную занятость наших сотрудников, которой в действительности нужно придать серьезное значение».

Затем, сославшись на возможные изменения в процедуре, он добавил:

«Я нахожу все более трудным объяснение того, почему в большом государстве стелелетейная компания, испытывающая большую нужду в дополнительных частотах, не может использовать частоты, выделенные, скажем, лесничеству в местности, где нет леса»³⁹.

Не следует думать, что эта дискуссия предполагала, будто административное распределение ресурсов всегда хуже распределения посредством ценового механизма. Работа рынка как таковая связана с затратами, и если они превышают затраты на содержание государственного органа на достаточно большую величину, мы будем готовы допустить, что неправильное распределение ресурсов является результатом недостатка знаний и негибкости государственного органа, а также его уязвимости к политическому давлению. Однако в Соединенных Штатах мало кто думает, что это касается большинства отраслей, и в области радиовещания нет ничего такого, что заставило бы нас поверить, что распределение радиочастот представляет собой особый случай.

Примером того, какова степень непонимания сути системы ценообразования участниками текущего обсуждения политики в области радиовещания в Соединенных Штатах, служит недавний комментарий, появившийся в специализированном журнале «Broadcasting»:

«В области телевещания на словах одобряются предложения, чтобы телевизионные „франшизы“ выдавались по самой высокой цене, предлагаемой теми, кто может получить на нее право. На первый взгляд это нелепо, поскольку означало бы, что лучшими рынками сбыта на первичном рынке завладели бы те, у кого больше денег»⁴⁰.

Прежде всего, следовало бы обратить внимание на то, что в пределах американской экономической системы ресурсы достаются не тем, у кого больше денег, а тем, кто готов заплатить за подавляющую их часть. В результате в борьбе за отдельные ресурсы люди, которые получают 5000 долл. в год, каждый день перебивают цены тех, кто ежегодно получает 50 000 долл. Чтобы убедиться в том, что это так, нам нужно лишь представить себе ситуацию, когда однажды утром в магазины явились бы все те, кто ежегодно получает 50 000 долл. и более и смогли бы скупить все запасы по назначенным ценам, ничего не оставляя тем, у кого доходы ниже. Можно не сомневаться, что на следующий день продавцы назначат более высокие цены, и люди с более высоким доходом будут вынуждены сократить свои покупки, и этот процесс будет продолжаться до тех пор, пока люди с более низкими доходами не смогут потратить столько, сколько пожелают. Та же система, которая позволяет человеку с доходом в 1 млн долл. приобрести ресурсов на 1 млн долл.,

³⁹ Broadcasting. 1957. February 4. P. 96.

⁴⁰ Broadcasting. 1958. February 24. P. 200.

позволяет человеку с доходом в 1000 долл. приобрести ресурсов на 1000 долл. Разумеется, существование системы ценообразования не гарантирует, что распределение ресурсов между индивидами (и семьями) является удовлетворительным. Но это не тот вопрос, который нам необходимо рассматривать в связи с политикой регулирования радиовещания. В той степени, в которой способность платить за радиочастоты или каналы зависит от распределения денежных средств, важную роль приобретает распределение не между индивидами, а между фирмами. И здесь не возникает этических проблем. Имеет значение лишь то, способствует ли распределение денежных средств повышению эффективности, и есть все основания предположить, что, в общем, действительно способствует. Те фирмы, которые используют денежные средства с выгодой для себя, считают, что заработать больше не составляет труда, те же, которым это не удается, считают, что это сделать трудно. Рынок капитала не является идеальным, но общая тенденция ясна. В любом случае сомнительно, чтобы Федеральная комиссия по связи вообще предоставляла радиочастоты фирмам, которые находились в относительно неблагоприятном положении с точки зрения приращения капитала. Расследования финансового положения претендентов, которые проводит Комиссия, на самом деле должны действовать в противоположном направлении⁴¹.

И если мы возьмем в качестве примера «лучших рынков сбыта на первичном рынке» сетевые филиалы телевизионных станций в шести самых населенных столичных центрах Соединенных Штатов (Нью-Йорк, Чикаго, Лос-Анджелес, Филадельфия, Детройт и Сан-Франциско), мы увидим, что пять станций принадлежит корпорации «Эй-би-си — Парамант тиэтеcs», четыре — Национальной радиовещательной компании (дочерней компании Американской радиовещательной корпорации), четыре — корпорации Си-би-эс, и все они при этом принадлежат компании «Вестингауз бродкастинг» (дочерней компании «Вестингауз электроник корпорэйшн»), «Сторер бродкастинг компани» и трем издательским концернам⁴². Было бы трудно утверждать, что здесь имеются фирмы, росту которых за счет увеличения их капитала были созданы незаконные препятствия.

Складывается впечатление, будто Верховный суд посчитал, что при распределении ресурса с ограниченным запасом ценовой механизм использовать нельзя. Это неверно. Несмотря на все усилия торговцев произведениями искусства, количество картин Рембрандта, существующих на данный момент времени, ограничено, и, тем не менее, эти картины, как правило, продаются с аукциона. Однако работы художников прошлого — это не единственный пример ограниченного запаса. Если посмотреть шире, ограниченными выглядят запасы всех факторов производства (площадь земли, величина населения и т. д.). Разумеется, о земле или труде мы так не думаем. Поскольку нас обычно волнует конкретная проблема, мы рассуждаем с точки зрения не общего запаса, а запаса, который можно использовать в определенных

⁴¹ О политике Комиссии с учетом финансового положения см. *Edelman J. M.* Op. cit. Supra note 20, at 62—64; *Warner H. P.* Op. cit. Supra note 1, § 22a.

⁴² Первые четыре фирмы настолько хорошо известны, что не нуждаются в примечаниях. «Сторер бродкастинг компани» владеет телевизионными станциями в Толедо, Кливленде, Детройте, Атланте и Вилмингтоне, а также радиостанциями в Толедо, Кливленде, Детройте, Филадельфии, Уилинге, Атланте и Майами. Из трех станций, принадлежащих издательским концернам, одной, находящейся в Филадельфии, владеет концерн «Трайэнгл пабликэйшнс» (который издает «Филадельфия инкуайер» и другие газеты, владеет четырьмя другими телевизионными и некоторыми радиостанциями), другой, находящейся в Детройте — издатель газеты «Детройт ньюс», а третьей, находящейся в Сан-Франциско — издатель газеты «Сан-Франциско кроникл».

целях. Такой подход не только более полезен с практической точки зрения, но и больше нам говорит о процессах приспособления в ходе работы рынка. Несмотря на то, что в целом размер ресурса может быть ограничен, его количество, которое можно использовать для достижения конкретной цели, может варьироваться. Производители из той или иной отрасли могут приобрести любой необходимый им ресурс в большем количестве, купив его на рынке, хотя маловероятно, чтобы им удалось приобрести его существенный дополнительный объем, не предложив более высокую цену, и тем самым, вынудив фирмы из других отраслей сократить потребление ресурсов. Это тот механизм, который управляет распределением факторов производства практически во всех отраслях. Вопреки почти единодушному противоположному мнению, в технологии радиовещания нет ничего такого, что помешало бы использованию подобного механизма. В действительности, в ситуации, на которую профессор Смит обратил особое внимание, а именно, когда сфера радиовещания использует лишь небольшую часть радиочастотного спектра, система ценообразования становится чрезвычайно простой. Радиовещательная отрасль, вынужденная предлагать цены за пользование частотами, смогла бы забрать их из других отраслей, повышая цены, которые она была бы готова заплатить. Приведет ли введение ценообразования к тому, что радиовещание получит больше радиочастот, чем выделено ему Федеральной комиссией по связи, сказать невозможно. Не имея в прошлом рынка радиочастот, мы не знаем, сколько заплатят за них разные отрасли. В равной степени мы не знаем, за какие частоты радиовещание будет готово заплатить больше, чем другие отрасли. Все, что мы можем сказать, — это то, что радиовещание сможет приобрести все частоты, которые использует в настоящее время, и даже более того, если пожелает заплатить цену, равную вкладу, который другие отрасли смогли бы внести в любое другое производство. Это означает всего лишь то, что радиовещательная отрасль сможет приобрести радиочастоты на том же основании, на котором сейчас приобретает труд, здания, землю и оборудование.

Радикальное внедрение механизма ценообразования в процесс распределения радиочастот, означало бы, конечно, что различным государственным органам, которые сейчас так активно используют эти частоты, тоже пришлось бы за них платить. Это может показаться излишним, поскольку плату будет взимать какой-либо другой государственный орган, назначенный на роль «хранителя» радиочастот. То, что выплачено из одного государственного кармана, попросту попадет в другой. Кроме этого, может показаться неуместным, чтобы денежной оценке подвергалось распределение ресурсов на такие цели, как национальная оборона или защита человеческой жизни. Хотя исключить из процесса ценообразования все частоты, в которых, по их мнению, нуждаются правительственные министерства, и ограничиться ценообразованием на частоты, используемые частным сектором, вполне возможно, существуют убедительные доводы, почему этого делать не стоит. Правительственное министерство, решая, предпринять ли ему те или иные действия, должно взвесить получаемые выигрыши с неизбежными затратами, то есть стоимостью производства, которое имело бы место при других обстоятельствах. Если деятельность правительства настолько значима, что она оправдывает любые жертвы, минимизировать затраты на каждый конкретный проект по-прежнему желательно. Если можно избежать использования радиочастоты, для промышленного применения которой необходимо принести жертву в размере 1 млн долл., путем создания беспроводной системы или покупки запасной аппаратуры на 100 000 долл., это лучше, чем вообще не пользоваться этой

частотой, однако для проекта это играет существенную роль. Достоинством системы ценообразования является то, что в подобной ситуации правительственное министерство (за исключением того, которым очень плохо руководят) не станет использовать радиочастоту, если оно за нее платит. Определенные сомнения в справедливости этого аргумента могут быть вызваны мыслью о том, что, хотя, возможно, было бы лучше предоставить правительственным министерствам средства на покупку необходимых им ресурсов, из этого отнюдь не следует, что Конгресс так и поступит. В результате лучше примириться со свойственным существующей системе расточительством, чем понести ущерб, вызванный тем, что правительственные министерства не получают достаточного финансирования для оплаты радиочастот. Разумеется, это предполагает, что Конгресс полностью откажет министерствам в финансировании, однако сомнительно, чтобы это было на самом деле так, и, прежде всего в том, что касается министерства обороны, которое в настоящее время использует основную массу радиочастот. Кроме того, не следует забывать, что система ценообразования на радиочастоты не налагает никакой нагрузки на бюджет, поскольку все правительственные платежи были бы полностью уравновешены поступлениями органа, ответственного за размещение радиочастот, и существовал бы чистый выигрыш за счет платежей частных фирм. В любом случае, подобные выводы не распространяются на введение ценообразования в частном секторе и, в частности, в области радиовещания.

Желание сохранить государственную собственность на радиочастоты в сочетании с нежеланием потребовать платы за пользование этими частотами имело одно последствие, вызвавшее определенную обеспокоенность. Оператор станции, которому выдавалась лицензия на использование определенной радиочастоты в определенной местности, в действительности приобретал очень ценное право, одно из тех, за которое он был бы готов заплатить большую сумму денег, и он был бы вынужден это сделать, если бы все прочие операторы предлагали цены на радиочастоты. Естественно, бесплатное приобретение ценного ресурса способствует увеличению доходов операторов станции сверх того уровня, который был бы обеспечен в условиях конкуренции. Выяснение масштабов обогащения в результате подобной политики частных владельцев теле- и радиостанций потребовало бы очень тщательного расследования. Однако не вызывает сомнения, что исключительно высокая прибыль на капитал, вложенный в определенную теле- или радиостанцию, была отчасти связана с бесплатным использованием радиочастотами. Иногда получить некоторое представление о том, что происходит, можно было при продаже станции. Разумеется, то, что можно было продать, — это была сама станция, а также ее организация; радиочастоты же находились в общественной собственности, и представление лицензии не давало на них никаких прав. Кроме того, Федеральная комиссия по связи должна была санкционировать передачу собственности на теле- или радиостанции. Однако Комиссия такие согласованные сделки одобряла практически всегда, и когда такая передача происходила, можно было почти не сомневаться в том, что цена покупки нередко на самом деле большей частью состояла из платы за пользование радиочастотами. Так, когда в 1957 году в Нью-Йорке компания WNEW была продана за 5 млн долл., в 1955 году в Питтсбурге компания WDTV — за 10 млн долл. или в 1958 году в Филадельфии WCAV (AM- и FM-станция, а также телевизионная станция) — за 20 млн долл., не было сомнения в том, что 5 млн долл., 10 млн долл. или 20 млн долл. вдвое больше стоимости передатчика, студийного оборудования, мебели и организации, которые номинально представляли

собой предмет покупки⁴³. Конечно же, в результате продаж по таким ценам прибыль, получаемая новыми владельцами в условиях конкуренции (или при любой норме, близкой к конкурентному уровню), сократилась. Когда, как это бывало прежде в практике регулирования радиовещания, но стало случаться все реже, поскольку Комиссия отказалась санкционировать передачу собственности по ценам, намного превышающим ценность материальных активов, приобреталась организация, результатом становилось лишь то, что выигрыши, полученные благодаря свободному использованию общественной собственности, распространялись на более широкие деловые круги, давая возможность получить свою долю как новым, так и прежним владельцам. Я не хотел бы обсуждать вопрос, желательно ли такое перераспределение выигрышей с точки зрения общества. Мое мнение иное: нет причин, почему должен существовать какой бы то ни было выигрыш, который следует перераспределять.

Чрезвычайно высокие доходы, получаемые владельцами теле- и радиостанций благодаря существующей системе распределения радиочастот, становятся очевидными во время продаж станций⁴⁴. Еще до того, как был принят Акт 1927 года, было понятно, что станции переходили от одного владельца к другому по ценам, предполагавшим, что продается и право на лицензию⁴⁵. Упоминания об этой проблеме можно изредка встретить в литературе, но эта тема не выносилась на широкое обсуждение. Думаю, что отчасти это следует из того факта, что решение проблемы избыточной прибыли связывалось лишь с уровнем регулирования или контроля над прибылью⁴⁶. Маловероятно, чтобы в основе подобных решений лежали убедительные доказательства. Хотя на ранних этапах развития радиовещания была широко распространена точка зрения, что его можно рассматривать как еще одну инфраструктурную услугу, впоследствии от нее в основном отказались. Попытки превратить операторов радиосвязи в частные компании по производству телекоммуникационных услуг провалились. И коль скоро имелись в виду бизнес-функции радиовещания, его стали считать нерегулируемой отраслью. Как заявил Верховный суд, «...сфера радиовещания — это сфера свободной конкуренции»⁴⁷. В любом случае, складывалось впечатление, что определение размера платежей или уровня допустимых прибылей — это непростое дело, хотя было сказано, что «специалисты в области ресурсной и налоговой экономики должны быть в состоянии разработать ставки таких специальных франшизных налогов»⁴⁸. Кроме того, весьма привлекательной перспективой является нормирование или регулирование прибыли в связи с необходимостью контроля качества программ вещания.

Еще одно обстоятельство заключается в том, что совершенно очевидный способ преодоления подобных трудностей, состоявший в удовлетворении

⁴³ См.: The Annual Report of the Federal Communications Commission. 1957. P. 123; 1958. P. 121.

⁴⁴ См.: Radio and Television Station Transfers: Adequacy of Supervision under the Federal Communications Act // *Indiana Law Journal*. 1955. Vol. 30; *Warner H. P.* Op. cit. Supra note 1, Ch. V: The Transfer and Assignment of Broadcasting Licenses. Для сравнения см.: *Dill C. C.* Radio Law. Washington, DC: National Law Book Company. 1938. P. 208—209.

⁴⁵ См.: Hearings on S. I. and S. 1754.

⁴⁶ *Stewart C.* The Public Control of Radio // *Air Law Review*. 1937. Vol. 8; *Hettinger H. S.* The Economic Factor in Radio Regulation // *Air Law Review*. 1939. Vol. 9; *Salsbury* The Transfer of Broadcast Rights // *Air Law Review*. 1940. Vol. 11; *Lassner* Public Control of Radio // *American Journal of Economics and Sociology*. 1946. Vol. 5, Iss. 4.

⁴⁷ *FCC v. Sanders Bros. Radio Station*, 309 U. S. 470, 474 (1940).

⁴⁸ *Lissner*. Op. cit. Supra note 46.

желания использовать радиочастоты путем предложения за них платы (и допускающий, чтобы размер получаемых прибылей определялся не государственной комиссией, а силами конкуренции), насколько мне известно, до недавнего времени практически не рассматривался в литературе. Первая ссылка, которую мне удалось обнаружить, содержится в статье м-ра Херцеля. Недавно было упомянуто предположение о количестве случаев. Предложение об установлении цен впервые появилось в законопроекте, внесенном членом Палаты представителей Генри С. Реуссом в 1958 году. Разработанный им законопроект касался вопроса о порядке очередности выдачи лицензий на теле- и радиовещание различным категориям претендентов, но содержал положение о том, что если в высшую категорию попадает более одного претендента, Федеральная комиссия по связи будет выдавать лицензию тому из них, кто предложит самую высокую цену, а деньги должны «вноситься в Министерство финансов Соединенных Штатов в приходную часть разнообразных поступлений». Такая же процедура применялась бы и при передаче лицензии. Член Палаты представителей Реусс пояснил: «Радиоволны являются всеобщим достоянием, и в таком случае решение должно приниматься в пользу налогоплательщиков, точно так же, как и тогда, когда правительство принимает заявки на получение франшизы на заготовку и транспортировку древесины на общественных лесных участках»⁴⁹.

Как и следовало ожидать, даже столь скромное предложение, как то, которое внес член Палаты представителей Реусс, не было одобрено. С первых дней существования регулирования радиовещания вносились предложения, чтобы держатели лицензий вносили плату государственному органу, но они никогда не вносились в законы. Когда несколько лет назад Федеральная комиссия по связи заявила, что было рассмотрено предложение о том, что держатели лицензий на теле- и радиовещание должны вносить плату, покрывающую затраты на процесс лицензирования (то есть, на содержание Комиссии), сенатский Комитет по торговле между штатами и внешней торговле быстро принял резолюцию, в которой предлагалось, чтобы Комиссия временно отложила рассмотрение этого предложения, поскольку «предложение о введении платы за лицензирование эксплуатации радиостанций поднимает фундаментальные вопросы, связанные с основными принципами философии регулирования Акта по связи...»⁵⁰.

Сложно понять то чувство враждебности, с которым столкнулась идея о том, что люди должны платить за средства, которыми они пользуются. Правда, в основе этой позиции лежал аргумент, что платить за пользование радиочастотами технически невозможно, но совершенно ясно, что он является ложным. Трудно избежать заключения, что широко распространенное сопротивление использованию ценообразования в распределении радиочастот можно объяснить лишь тем фактом, что с такой возможностью никто и никогда не сталкивался всерьез.

5. Частная собственность и распределение радиочастот

Если право пользоваться радиочастотой подлежит продаже, необходимо точно определить сущность этого права. Простым решением было бы оставить существующую ситуацию практически без изменений: оператор радио-

⁴⁹ Пресс-релиз из офиса конгрессмена Генри Реусса, датированный 14 апреля 1958 г. См.: H. R. 11893, 85th Cong., 2^d Sess. (1958).

⁵⁰ 100 Cong. Rec. 3783 (1954).

связи покупал бы право пользоваться назначенной радиочастотой в течение определенного периода для трансляции сигналов данной мощности в определенные часы посредством передатчика, расположенного в определенном месте. Это было бы просто добавлением платежей к существующей системе. Конечно, это позволяло бы выбирать индивида или фирму, получающих право использовать радиочастоты, рыночным путем. Однако выполнение столь подробных предписаний по эксплуатации станций, в том виде, в каком их сейчас налагает Федеральная комиссия по связи, существенно ограничило бы масштабы, в которых способ использования радиочастот мог бы определяться действием рыночных сил.

Можно утверждать, что в этой ситуации нет абсолютно ничего необычного, поскольку, когда, скажем, некто покупает участок земли, приобретаемые им права определяются не силами спроса и предложения, а законом о земельной собственности. Однако это верно лишь отчасти. От закона о собственности, безусловно, зависит, будет ли принадлежать вновь обнаруженная пещера человеку, который ее нашел, на чьей земле находится вход в нее или который владеет участком земли, под которым она расположена. Однако закон лишь устанавливает субъекта, с которым необходимо заключить соглашение, чтобы получить пещеру в пользование. Используется ли она для хранения банковских документов, в качестве резервуара природного газа или для выращивания грибов, зависит не от закона о собственности, а от того, заплатит ли банк, газовая корпорация или грибной концерн больше всех, чтобы получить возможность пользоваться пещерой. Одной из задач правовой системы является установление четких границ права на основе того, что передача и рекомбинация прав собственности могут осуществляться посредством рынка. В случае с радио возможно, чтобы некто, кому предоставлено право пользования радиочастотами, договорился с кем-нибудь другим поделиться ими, при условии, что по взаимному согласию могут происходить любые корректировки времени работы, мощности, местоположения, типа передатчика и т. д. Если же право изначально предоставлялось на условиях совместного использования (а в некоторых случаях Федеральная комиссия по связи разрешала только совместное использование), у отдельного пользователя была бы возможность купить права у других с тем, чтобы приобрести исключительное право пользования.

Главным основанием государственного регулирования радиовещания было предотвращение помех. Очевидно, что если отдельные люди одновременно передают сигналы на данной радиочастоте, сигналы будут создавать помехи друг другу и затруднять, если не исключать полностью, получение сообщений, передаваемых любым субъектом. К таким же результатам приводит одновременное использование одного и того же участка земли для выращивания пшеницы и под стоянку автотранспорта. Как мы уже увидели в предыдущем разделе, избежать этой ситуации можно путем установления прав собственности на землю (то есть прав на исключительное пользование). Установление таких же прав в области пользования радиочастотами позволило бы решить проблему радиовещания подобным образом.

Когда использование ресурса не наносит вреда другим лицам (за исключением того, что им не разрешается его использовать), выгоды от установления на него исключительных прав понять несложно. Однако, похоже, ситуация будет совсем другой, когда она связана с действиями, которые наносят посторонним лицам прямой ущерб. Например, оператор радиосвязи может использовать частоту таким образом, что вызовет помехи у тех, кто использует соседние частоты.

Начнем наш анализ данной ситуации с рассмотрения дела «Стуржес против Бриджмена»⁵¹, которое иллюстрирует существо проблемы. Кондитер очень много лет пользовался для ведения своего бизнеса определенными помещениями. Когда приехал доктор и поселился по соседству, работающие у кондитера машины не наносили ему вреда до тех пор, пока восемь лет спустя он не построил врачебный кабинет на границе своего сада прямо напротив производственных помещений кондитера. Тогда выяснилось, что шум и вибрация от машин мешают доктору в его работе. Затем доктор возбудил судебное дело и выиграл его, добившись судебного запрета на использование кондитером его оборудования. На самом деле суду следовало решить, имел ли доктор право возлагать на кондитера дополнительные затраты, вынудив его установить новое оборудование или переехать в новое место, или имел ли право кондитер возлагать дополнительные затраты на доктора, вынуждая его проводить консультации в другом помещении или вообще в другом месте⁵². Этот пример показывает, что с аналитической точки зрения не существует разницы между правом пользоваться ресурсом без прямого ущерба другим лицам и правом осуществлять действия таким образом, что они наносят другим лицам прямую ущерб. В каждом из этих случаев кто-либо от чего-то отказывается в пользу других людей: в одном из них от использования ресурса, в другом — от способа действия⁵³. Этот пример также говорит о взаимном характере отношений, как правило, игнорируемом экономистами, которые вслед за Пигу подходят к решению проблемы с точки зрения различия между частным и общественным продуктом, однако не могут понять, что запрет А наносить ущерб В обязательно нанесет ущерб самому А. Проблема заключается в том, чтобы избежать более серьезного ущерба. Этот аспект стал отчетливо виден благодаря делу «Стердженс против Бриджмена», и само дело не изменило бы своей сути, если бы доктор жаловался не на шум и вибрацию, а не загрязнение воздуха дымом.

Как только юридические права сторон установлены, можно вести переговоры об изменении предусмотренных юридическими нормами условий, если вероятность возможности добиться этого оправдывает связанные с переговорами издержки. Доктор был бы готов отказаться от своих прав, если бы кондитер заплатил ему денежную сумму, превышающую дополнительные издержки, которые он должен был понести, проводя свои консультации в каком-либо другом месте (которые, предположим, равны 200 долл.). Кондитер был бы готов заплатить гораздо меньшую сумму, чем дополнительные издержки, которые ему пришлось бы понести по решению суда, чтобы заставить доктора отказаться от его прав (которые, предположим, равны 100 долл.). С учетом данных цифр, доктор не согласился бы на сумму меньше 200 долл., а кондитер не заплатил бы больше 100 долл., и доктор не отказался бы от своих прав. Однако рассмотрим ситуацию, если бы процесс выиграл кондитер (он тоже мог бы это сделать). В этом случае кондитер отказался бы от своих прав, если бы смог получить больше 100 долл., а доктор был бы готов заплатить меньше 200 долл., чтобы заставить его это сделать. Таким образом, путем переговоров можно добиться того, чтобы кондитер отказался

⁵¹ 11 СН. D. 852 (1879).

⁵² Еще одна возможность заключалась в том, что доктор или кондитер могли вообще отказаться от своей деятельности.

⁵³ С аналитической точки зрения ситуация в деле «Стердженс против Бриджмена» мало отличается от споров по поводу собственности на участок земли, расположенный между двумя помещениями, в которых либо доктор мог устроить свою лабораторию, либо кондитер мог установить свое оборудование.

от своих прав. Этот гипотетический пример показывает, что установление прав служит важным условием рыночных сделок, но итоговый результат (максимизирующий цену производства) не зависит от судебных решений⁵⁴.

Что касается радиовещания, то этот анализ показывает, что с аналитической точки зрения различий между проблемой помех, создаваемых операторами на одной и той же частоте и на соседних частотах, не существует. Как первую, так и вторую проблему можно решить путем определения прав операторов передавать сигналы, создающие взаимные помехи или способные создавать их в будущем. Как только это сделано, достижение оптимального уровня использования прав можно предоставить рынку. Иногда это предполагает, что регулирование в области радиовещания должно быть направлено на минимизацию помех. Однако это было бы неверным. Его целью должно быть максимизация выпуска. Любые права собственности ограничивают возможности людей использовать ресурсы. Следует лишь обеспечить, чтобы выигрыш от помех с избытком компенсировал наносимый ими ущерб. Нет оснований предполагать, что оптимальной была бы одна из тех ситуаций, когда помехи отсутствуют. В целом, поскольку расстояния между радиостанциями увеличиваются, принимать их сигналы становится все труднее и труднее. В определенный момент люди решат, что не стоит нести издержки, связанные с приемом радиосигналов этих станций. Тем же самым людям, возможно, будет проще принять сигналы местной станции, работающей на тех же частотах. Однако, если все эти станции работают одновременно, люди, живущие в местности, расположенной между ними, не смогут принимать сигналы каждой из них. Положение этих людей может улучшиться, если какая-либо станция перестанет работать и помехи исчезнут; однако от этого пострадают те, кто живет по соседству с этой станцией. Поэтому нет уверенности в том, что решению, не допускающему помех, обязательно следует отдавать предпочтение.

Предполагалось, что в некоторых ситуациях к минимизации помех может привести анализ издержек. Так, о мобильном радио было сказано:

«Долларовая дисциплина — это очень действенная сила по предотвращению незаконного пересмотра конструкции системы наземной мобильной связи. Подвижная связь — это рабочий инструмент и, как в случае с любым другим инструментом, если существует избыток производственных мощностей, это негативно влияет на прибыль с инвестиций. Опыт показал, что держатели лицензий на осуществление наземной мобильной связи не желают платить за оборудование, обеспечивающее покрытие, значительно превышающее их потребности. Такая позиция позволяет практически свести к минимуму помехи смежных областей и межканальные помехи»⁵⁵.

⁵⁴ Разумеется, это правда, что на распределение богатства между доктором и кондитером повлияло решение суда, который в подобных случаях всерьез поднимает вопросы справедливости. В действительности, все это имело бы смысл, если бы эффективность работы экономической системы совершенно не зависела от ситуации в праве. Однако это не так. Прежде всего, закон может быть таким, что сделает невозможными определенные желательные рыночные сделки. Фактически именно на это направлена моя критика в отношении современного американского права, регулирующего радиосвязь. Во-вторых, это может потребовать дорогостоящих и длительных процедур. В-третьих, юридическое установление прав служит исходным пунктом перераспределения прав путем рыночных сделок. Такие сделки связаны с определенными издержками, и их результатом является то, что исходное состояние прав может сохраниться даже тогда, когда более эффективным окажется какое-либо другое. Или самого эффективного установления прав добиться невозможно, даже если изменить исходное их состояние. Наконец, когда в результате использования судами критериев для определения прав ресурсы применяются исключительно для того, чтобы обосновать претензию, они расходуются впустую.

⁵⁵ Statutory Inquiry into the Allocation of Frequencies to the Various Non-Government Services in the Radio Spectrum between 25 mc and 890 mc / Testimony of Motorola Inc // FCC Docket. 1959. No 11997. March 30. P. 29.

Однако для того, чтобы всегда получать столь обнадеживающие результаты, одного лишь анализа издержек мало. Уменьшение помех на соседних частотах может потребовать дорогостоящих мер по усовершенствованию оборудования, и трудно ожидать, что операторы, действующие на одной частоте, станут нести подобные издержки в пользу других операторов, если права на соседние частоты не установлены. Это противоречие решил бы институт частной собственности в сочетании с системой ценообразования. Если бы оператор, сигналы которого вызвали помехи, имел право прекратить этот процесс, то он бы пожелал отказаться от такого права, если бы ему заплатили более чем сумма, на которую сократилась ценность его услуги при наличии помех или выросли издержки, которые он понес бы, если бы попытался это компенсировать. Другой оператор был бы готов заплатить за то, чтобы создавать помехи, сумму, не превышающую издержки на их подавление или потерю ценности услуги, которую он смог бы предоставить, если бы не имел возможности использовать свой передатчик таким способом, который ведет к образованию помех. Или, наоборот, если бы этот оператор имел право вызывать помехи, он бы пожелал бы прекратить это делать, если бы ему заплатили сумму, превышающую издержки на подавление помех или потерю ценности его услуги, которую он мог бы оказывать, если бы помехи были исключены. В свою очередь, оператор, сигналы которого прерывались помехами, захотел бы заплатить за сокращение этих помех в размере, равном связанной с этим потере ценности его услуги или издержкам, которые он должен понести, чтобы компенсировать эти помехи. В любом случае результат будет одинаковым. И снова это проблема шума и вибрации, производимых кондитером.

Было показано, что ничто не мешает включить в систему прав собственности тот факт, что действия одних субъектов могут наносить ущерб другим. Однако прийти к такому однозначному выводу можно было лишь потому, что конфликт интересов касался двух индивидов. Если в нем участвует большее количество людей, аргументация в пользу института частной собственности ослабляется, а в пользу общего регулирования — усиливается. Пример ситуации, требующей подобного регулирования, который обычно приводят экономисты, опять-таки, следуя Пигу, — это загрязнение воздуха дымом. Разумеется, если бы существовал всего лишь один источник дыма и ущерб наносился бы единственному человеку, не возникло бы никаких дополнительных трудностей; ситуация ничем бы не отличалась от рассмотренного выше случая с вибрацией. Однако, когда ущерб наносится многим людям и существует несколько источников загрязнения, достичь удовлетворительного решения рыночным путем значительно труднее. Когда передача прав должна происходить путем рыночных сделок, осуществляемых большим количеством людей или действующих совместно организаций, то процесс переговоров может быть настолько трудным и долгим, что сделает такую передачу практически невозможной. Может оказаться не столь просто даже призвать к соблюдению прав в судебном порядке. Выяснение того, кто же вызвал беспокойство, может потребовать затрат. И если в подаче иска не заинтересован никто из индивидов или ни одна из организаций, еще одним препятствием станут проблемы, связанные с организацией совместных действий. Практическое значение может иметь то, что работа рынка станет обходиться слишком дорого.

В подобных обстоятельствах можно отдать предпочтение введению специальных норм (либо воплощенных в кодексе законов, либо реализуемых путем решений со стороны административного органа). Такие нормы оп-

ределяют, что люди должны делать, а что — нет. Когда это установлено, закон напрямую определяет местоположение экономических объектов, способы производства и т. д. Следовательно, проблему загрязнения воздуха дымом можно решить при помощи норм, определяющих тип нагревательного и энергетического оборудования, которое можно использовать дома и на фабриках, или ограничивающих путем зонирования размещение предприятий обрабатывающей промышленности в определенных районах. Разумеется, целью такого регулирования должно быть не полное устранение загрязнения воздуха дымом, а достижение его оптимального объема. Выигрыши от его сокращения должны быть равны производственным потерям, связанным с ограниченным выбором способов производства и т. д. Условия, делающие желательным подобное регулирование, не изменяют сути проблемы. И, в принципе, следует искать такое ее решение, которое было бы достигнуто, если бы хорошо работали институт частной собственности и механизм ценообразования. Разумеется, в силу того, что создание таких особых норм зависит от политического устройства, процессу регулирования будут присущи недостатки, рассмотренные в предыдущем параграфе. Но это означает лишь то, что прежде чем применять специальные нормы, следует примириться с тем, что рынок будет функционировать хуже, чем в иной ситуации. Это не означает, что подобных норм не должно существовать. Не следует также думать, что поскольку некоторые права устанавливаются путем регулирования, не может существовать других прав, подлежащих изменению по взаимному соглашению. Зонирование и другие нормы, применяемые в отношении домашних хозяйств, не означают, что не должно существовать право частной собственности на жилище. Обычно бизнесмен ощущает себя и объектом регулирования, и обладателем прав, которые можно передать или изменить путем соглашения с другими субъектами.

Нет никаких оснований для того, чтобы пользователи радиочастот находились в ином положении, чем другие бизнесмены. Например, не было бы никакой необходимости регулировать отношения между теми, кто использует одну и ту же частоту. Как только права потенциальных пользователей установлены, их перераспределение можно предоставить рынку. Простейшим способом это сделать, несомненно, было бы предоставление права пользования радиочастотой тому, кто предложил самую высокую цену, тем самым, оставив дальнейшее распределение прав на частоту последующим рыночным сделкам. Ясно, что отношения между пользователями смежных частот не обязательно потребуют специального регулирования. Вполне может случиться, что, если конфликты интересов пользователей смежных частот будут решаться посредством рынка, в норме отдельные люди будут участвовать в единственной сделке. Однако, несмотря на то, что увеличение количества участников приведет к росту издержек по заключению сделки, наш опыт говорит о том, что рыночные сделки с участием многочисленных сторон вполне осуществимы. Лишь практика смогла бы показать, будет ли количество сторон, вовлеченных в сделки с участием пользователей смежных частот, чрезмерно большим и потребует ли это специального регулирования. *Некоторые* меры регулирования понадобятся наверняка. Например, некоторыми видами медицинского оборудования со всей очевидностью можно пользоваться так, что оно вызовет помехи на многих частотах и на больших расстояниях. В этом случае желательны были бы нормы, ограничивающие мощность оборудования и требующие его экранирования. Верно и то, что в силу потребности в широких полосах радиочастот для определенных целей может понадобиться применение власти для их отчуждения в пользу госу-

дарства, однако здесь не возникнет проблем, отличных от тех, с которыми сталкиваются иные отрасли. Легко согласиться с тем, что взаимная связь между способами использования частот порождает особые проблемы, не встречающиеся больше нигде или, по крайней мере, не столь часто. Однако маловероятно, чтобы эта точка зрения устояла против изучения труда по гражданскому праву или по праву собственности, в котором обнаружится множество (и часто чрезвычайно большое) способов, при помощи которых действия одного субъекта могут повлиять на использование другими субъектами принадлежащей им собственности.

Если проблемы, с которыми сталкивается радиовещание, не выходят за привычные рамки, можно задать вопрос, почему в отношении этой отрасли не принимались привычные решения (сочетание регулирования с передачей прав собственности)? Можно почти не сомневаться в том, что, предоставленные самим себе, суды вынуждены были бы решать проблемы радиовещания в большинстве своем теми же способами, какими они решают подобные проблемы в других отраслях. В прежних дискуссиях по проблемам законов о радиовещании делались попытки рассмотреть эти проблемы в рамках текущего законодательства. Проблема радиопомех подверглась изучению по аналогии с помехами в электросетях, водным угодьям, торговым маркам, шумовым помехам, проблеме приобретения права собственности на драгоценности из государственных запасов и т. д. Например, отмечалось, что «радиоприемник — это просто устройство для привлечения к человеческому уху сигналов, которые недоступны для его восприятия иным образом», и проводилась аналогия со случаем, когда один человек поставил манок на диких уток, но его сосед их распугал своей стрельбой, так что они стали избегать этот манок. Некоторые из аналогий были, несомненно, весьма причудливыми, однако большинство из них представляли собой по сути такую же проблему, как и та, что связана с радиопомехами. И когда эта проблема встала перед судами, принять решение, по-видимому, было не так уж трудно⁵⁶. Конечно, со временем понадобились и законы, предписывающие некоторые особые нормы. Но развитию в этом направлении положило конец принятие Акта 1927 года, учредившего полноценную систему регулирования⁵⁷.

В частности, поддержку Акту 1927 года оказала убежденность в том, что иного решения не существует, и, как мы уже убедились, эту точку зрения, несомненно, во многом отражала разработанная впоследствии его рациональная основа. Однако некоторые из тех, кто в начале 1920-х годов отдавал предпочтение государственному регулированию, делали это, чтобы не допустить установления прав собственности на радиочастоты. Их доводы в пользу государственного регулирования отчетливо выразил м-р Уолтер Роджерс:

⁵⁶ См. *Davis S.* The Law of Radio Communication. Ch. VII: Conflicting Rights in Reception and Transmission. N.Y.: McGraw-Hill Book Co., 1927. Этому вопросу также посвящены следующие статьи: *Rowley F. S.* Problem in the Law of radio Communication // University of Cincinnati Law Review. 1927. Vol. 1; *Taughner J. P.* The Law of radio Communication with Particular Reference to a Property Right in a Radio Wave Length // Marquette Law Review. 1928. Vol. 12; *Dyer* Radio Interference as a Tort // St. Louis Law Review. 1932. Vol. 17. В деле «Tribune Co. v. Oak Leaves Broadcasting station (Cir. Ct., Cook County, Illinois, 1926)», приведенном в 68 Cong. Rec. 216 (1926), было установлено, что оператор существующей станции обладал достаточным правом, приобретенным им по привилегии, запретить начинающему использовать частоту таким образом, чтобы вызывать любые физические помехи.

⁵⁷ Несмотря на попытки защитить права собственности на частоты после учреждения Федеральной комиссии по радиосвязи, эти претензии не были удовлетворены. См. *Warner H. P.* Op. cit. Supra note 1. P. 543.

«Не приходится сомневаться в том, что некоторые частные радиокomпании считают, будто они могут закрепить реальное право пользования длиной радиоволн при помощи чего-то наподобие самозахвата, и они не хотят приобретать это право посредством лицензии, выдаваемой каким бы то ни было правительством или в результате какого-либо международного соглашения. Они хотят обладать полным правом пользования радиоволнами той длины, которую они применяют для оказания своих услуг. В определенном смысле развитие радио открыло доступ к новой сфере деятельности, соизмеримой с открытием до сих пор не известного континента. Никто не мог с уверенностью предсказать возможность развития передачи энергии в пространстве. В действительности на это делались высокие ставки. И частные деловые круги пытаются приобрести контроль над длиной радиоволн и установить на них права частной собственности точно так же, как если бы перед ними открывался новый континент, и они получали в свое полное владение огромные участки земли»⁵⁸.

Такого же мнения придерживались в Конгрессе. М-р Гарри Уорнер рассказал, что в период до принятия Акта 1927 года.

«Члены законодательного органа высказывали серьезные опасения и обвиняли руководителей связи в том, что эффективному государственному регулированию может постоянно мешать увеличение доли прав собственности, предоставляемых при помощи лицензий или средств доступа, и что такие франшизы ценой в миллионы долларов могут быть бессрочными»⁵⁹.

Возможно, в некоторых случаях подобная точка зрения отражала неприязнь к институту частной собственности как таковому, но в основном опасения, были, по-видимому, вызваны тем, что частные лица и организации могли приобрести права собственности на радиочастоты, ничего не заплатив за присвоение того, что получило название «последнего достояния общества». Ясно, что это имело отношение к одной из господствующих точек зрения о том, что право собственности на радиочастоты должно приобретаться надлежащим образом и что от тех, кто его приобретает, нужно потребовать за это платить. Но этого не произошло в результате принятия Акта 1927 года. На самом деле государственное регулирование привело к тем самым последствиям, которых стремились избежать некоторые из его сторонников. Поскольку за пользование радиочастотами не было введено никаких платежей, франшизы стоимостью в миллионы долларов учреждались, продавались и покупались и служили обогащению тех, кто их получил первыми. В сочетании с неприятием прав собственности, приобретаемых в порядке очередности потребностей, это грозило возникновением монополий. Но, как мы уже убедились (хотя при обсуждении политики в области радиовещания это наблюдается часто), чтобы контролировать рост монополий, не обязательно уничтожать институт частной собственности.

Когда мы рассматриваем обычное непонимание, характерное для дискуссий по проблемам государственной политики в отношении радиовещания, трудно воздержаться от заключения, что единственный породивший его фактор носит терминологический характер⁶⁰. Следуя нормальному словоупот-

⁵⁸ *Rogers W. S. Air as a Raw Material // Annals of the American Academy of Political and Social Science. 1924. Vol. 112. М-р Роджерс был консультантом американской делегации на Парижской мирной конференции в 1919 г. Для сравнения см. Childs W. W. Problems in the Radio Industry // The American Economic Review. 1924. Vol. 14, No 3.*

⁵⁹ *Warner H. P. Op. cit. Supra note 1. P. 540.*

⁶⁰ В развитии моих идей по этому вопросу мне очень помогла статья *Segal P., Warner H. Ownership of Broadcasting "Frequencies": A Review // The Rocky Mountain Law Review. 1947. Vol. 19.*

реблению, я говорил о распределении радиочастот (или их использовании) и об установлении прав собственности на частоты (или их использовании). Однако такая манера выражаться может ввести в заблуждение. Частотой можно назвать любое регулярное движение радиоволны. Разные музыкальные ноты соответствуют определенным частотам звуковых волн, различные цвета — частотам световых волн. Но это не обязательно означает, что они распределяются между различными субъектами или создаются прав собственности на ноты музыкального ряда или цвета радуги. Для решения проблемы, возникающей из-за того, что использование звуковой или световой волны одним субъектом может повлиять на других субъектов, мы устанавливаем права, которыми люди располагают, чтобы издавать звуки, которые другие могут услышать, или делать вещи, которые другие могут увидеть.

Еще труднее добиться ясности понимания, когда мы говорим о собственности не на частоты, а на эфир, через который движутся волны. М-р Джеймс Маккейн утверждал, что «радиоволну [следует] четко отделять от среды, через которую она передается. Метафорически это то же самое, что и разница между поездом и тоннелем». Его аргумент в пользу такого разграничения заключается в том, что оно обеспечивает «наиболее удовлетворительную» основу для превращения радиосвязи в объект торговли между штатами. В сжатом виде его доводы заключаются в том, что в силу своей вездесущности и предназначения эфир составляет естественный канал торговли между штатами: тем самым обеспечивается соответствие конституции в части пункта о регулировании радиовещания на федеральном уровне⁶¹. Однажды Сенат объявил, что эфир или его использование являются «неотчуждаемой собственностью» Соединенных Штатов, и теперь все, кому выдавались лицензии на теле- и радиовещание должны были подписать документ об отказе от какого-либо права использовать не только радиочастоты, но и эфир. Эта попытка национализации эфира вызвала определенную критику. Сомнение вызывало само существование эфира. Его характеристики определенно соответствовали тому, чего в действительности не существует, — бесконечному тоннелю. И м-р Стивен Дэвис заметил: «От любого, кто претендует на обладание вещью или субстанцией, можно прежде чем обсуждать права с полным основанием потребовать доказать, что эта вещь или субстанция существует»⁶².

По-видимому, никто так и не понял, что объект, который распределяет Федеральная комиссия по связи или, если бы существовал рынок, который бы на нем продавался, — это право использовать единицу оборудования для передачи сигналов в определенном направлении. Как только вопрос ставится под этим углом зрения, в рассуждениях с позиции собственности на радиочастоты или на эфир нет необходимости. Раньше мы рассмотрели дело, по которому нужно было решить, имеет ли кондитер право использовать оборудование, которое вызывает шум и вибрацию в соседнем доме. Наш анализ

⁶¹ *McCain J. The Medium through which the Radio Wave Is Transmitted as a Natural Channel of Interstate Commerce // Air Law Review. 1940. Vol. 11.* Радиосвязь была отнесена к торговле между штатами не на тех основаниях, которые выдвинул м-р Маккейн. По его словам доводы, приводимые судами в пользу отнесения радиосвязи к торговле между штатами, заключались в том, что радиоволны пересекают границы штатов (даже несмотря на то, что связь осуществляется в пределах штата) и создают угрозу помех при осуществлении связи между штатами. Достоинством подхода м-ра Маккейна, по-видимому, является то, что он допускает федеральное регулирование связи внутри штата, которая никому не создает помех. Кроме того, этому вопросу посвящены статьи: *Fletcher The Interstate Character of Radio Broadcasting: An Opinion // Air Law Review. 1940. Vol. 11;* *Kennedy Radio and the Commerce Clause // Air Law Review. 1932. Vol. 3.*

⁶² *Davis S. Op. cit. Supra note 56. P. 15.* См. также статью: *Segal P., Warner H. Op. cit. Supra note 60. P. 112—114.*

этого дела не стал бы легче, если бы мы обсуждали ситуацию с точки зрения того, кто был владельцем звуковых волн, вибрации или среды (какой бы она ни была), через которую передаются звуковые волны или вибрация. Хотя это, по сути, то же самое, что происходит в области радиовещания. Причина, по которой этот образ мышления стал доминирующим при обсуждении законов о радиовещании, заключается в том, что существует представление, будто их нужно разрабатывать по аналогии с законом о воздушном пространстве. Фактически закон о радио и телевидении обычно считался частью воздушного права⁶³. Это не означает, что данный подход обязательно приведет к ошибочным выводам, однако он, как правило, не решает поставленного вопроса. В соответствии с этим ответ на вопрос о том, имеем ли мы право охотиться на земле, принадлежащей другому человеку, зависел бы от того, кто владеет расположенным над этой землей воздушным пространством⁶⁴. Проще было бы обсуждать, что нам следует разрешить делать с ружьем. Проблема, с которой столкнулось радиовещание, заключается в том, что сигналы, передаваемые одним субъектом, могут создавать помехи сигналам, передаваемым другим субъектом. Ее можно решить путем установления прав, которыми обладают разные субъекты. В какой степени это должно быть результатом жесткого регулирования, а в какой — рыночных сделок, — это вопрос, на который можно ответить только, исходя из практического опыта. Однако есть все основания считать, что существующая система, базирующаяся исключительно на регулировании и не допускающая частной собственности и ценообразования, — это не самое лучшее решение.

При установлении прав собственности следовало бы принять во внимание существование международных соглашений по использованию радиочастот⁶⁵. Конечно, такие соглашения не мешают предложению индивидами и фирмами цен на оборудование, которое должно размещаться в Соединенных Штатах. Однако в той степени, в которой в соглашениях определяются направления, в которых можно использовать радиочастоты, ограничивается передача и перераспределение прав собственности посредством рынка. Тем не менее, по-видимому, значительную гибкость в использовании радиочастот будет обеспечивать содержащаяся в существующих соглашениях оговорка, согласно которой их можно использовать, «частично отказавшись от таблицы распределения радиочастот», если помехи не оказывают негативного воздействия на зарубежные станции, работающие в соответствии с этой таблицей. (Законодательного ограничения на использование радиочастот вооруженными силами не существует)⁶⁶. Задачей правительства Соединенных Штатов должно быть обеспечение максимальной свободы использования странами радиочастот по их собственному желанию. Гадать о замыслах правительства по про-

⁶³ Например, см.: *Jome H. L. Property in the Air as Affected by the Airplane and the Radio* // *The Journal of Land & Public Utility Economics*. 1928. Vol. 4, No 3. Обзор судебной практики в области воздушного права охватывает также закон о радиовещании и закон об авиации. Часто аналогичным образом построены кодексы, например: *Manion C. E. Law of the Air*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1950.

⁶⁴ См.: *Ball S. S. The Vertical Extent of Ownership in Land* // *University of Pennsylvania Law Review*. 1928. Vol. 76; *Niles. The Present Status of the Ownership of Airspace* // *Air Law Review*. 1934. Vol. 5; *Prosser W. L. Handbook of the Law of Torts*. St Paul, Minn.: West Publishing Company, 1941.

⁶⁵ Подробнее о международных соглашениях по использованию радиочастот см.: *Codding G. A. (Jr.) The international agreements on the use of radio frequencies*, а также статью того же автора: *The International Law in Radio* // *Federal Communications Law Journal*. 1955. Vol. 14.

⁶⁶ См.: *Codding G. A. (Jr.) The International Law in Radio* // *Federal Communications Law Journal*. 1955. Vol. 14.

токолам международной конференции — рискованное дело. Однако, судя по внешним признакам, незаметно, чтобы оно хотело обеспечить этот максимум свободы. На конференции 1947 года группа стран во главе с Соединенными Штатами «хотела принять требования к радиочастотам для всех стран мира и применить их «при помощи инженерных принципов» к доступному радиочастотному спектру». Группа во главе с Советским Союзом «хотела использовать в качестве отправного пункта прежний международный перечень частот, выделяя их на основе регистрационных данных»⁶⁷. На самом деле Советский Союз, по-видимому, хотел установить международные права собственности на основе порядка очередности. Поскольку была зарегистрирована его потребность в большой части радиочастотного спектра, возможно, это правда, что принятие его предложений принесло бы Советскому Союзу выгоду. Но из протоколов конференции также становится ясно, что Советский Союз не желал предоставлять подробные сведения, необходимые для оценки его потребностей, и не хотел связывать себя решением международной конференции при проведении внутренней политики⁶⁸. На Национальной конференции по ракетам, состоявшейся в Вашингтоне в мае 1959 года, два ученых (английский и американский) призвали к «созданию международной комиссии по связи для будущего управления и контроля несметного числа направлений использования электронного спектра для космической связи, зарубежного спутникового телевидения, прогнозов погоды и других видов деятельности»⁶⁹. Если этот международный орган будет создан по образу Федеральной комиссии по связи, в подобном предложении кроется очевидная опасность. Для Соединенных Штатов было бы неблагоразумным настаивать (возможно, перед лицом сопротивления со стороны России) на создании международной плановой системы, которая сделала бы трудным или невозможным функционирование системы свободного предпринимательства.

6. Существующая ситуация

Федеральная комиссия по связи недавно привлекла всеобщее внимание в результате публичного разоблачения перед Подкомитетом Палаты представителей по парламентскому надзору того давления, которое оказывали на Комиссию политики и бизнесмены (которые часто использовали методы сомнительного свойства), чтобы повлиять на ее решения⁷⁰. Этого следовало ожидать. Если права стоимостью в миллионы долларов предоставить одному бизнесмену и отказать в этом другим, неудивительно, что у некоторых претендентов это вызовет панику, и они попытаются использовать любое влияние (политическое или какое-либо еще), в частности, потому, что они никогда не могут быть уверены, что другие претенденты тоже не прибегнут к давлению. Некоторые из предложений по выходу из создав-

⁶⁷ Id., at 94 n. 40.

⁶⁸ См.: *Coddling G. A. (Jr.) The International Telecommunication Union*. Leiden, The Netherlands: E. J. Brill, 1952.

⁶⁹ *Broadcasting*. 1959. June 1. P. 79.

⁷⁰ См.: *Hearings on Investigation of Regulatory Commissions and Agencies before the Special Subcommittee on Legislative Oversight of the House Committee on Interstate and Foreign Commerce, 85th Cong., 2d Sess. (1958)*. Подкомитет интересовался деятельностью не только Федеральной комиссии по связи, но и комиссий всех независимых органов управления. Публичный характер слушаний и их упор на неподобающее личное поведение были связаны с деятельностью д-ра Бернарда Шварца, главного консультанта подкомиссии, который проявил особое рвение, выйдя за рамки служебных полномочий, и в итоге подкомитет отказался от его услуг. См.: *Schwartz B. The Professor and the Commissions*. New York: Alfred A. Knopf, 1959.

шейся ситуации, например, придание законной силы моральному кодексу, могут заслуживать внимания сами по себе. Другие, такие как создание административных судов, могут обеспечить больше честности за счет потери эффективности. Однако следует обратить внимание на то, что поскольку речь идет о Федеральной комиссии по связи, проблема возникла в первую очередь из-за отсутствия платы за предоставляемые права. Если эти права предоставить тому, кто предложил за них самую высокую цену, главная причина этих неподобающих действий исчезнет. Во время обсуждения административного процесса и этических вопросов, поставленных группой специалистов, подобную точку зрения высказал профессор Кларк Байс из Гарвардской школы права:

«В некоторых регионах стоимость лицензии на телевидение составляет миллион долларов. Административный орган, раздающий эти сокровища, действует под самым широким руководством Конгресса. Органу велят удовлетворить заявку, если это обусловлено интересами общества, удобством и необходимостью. Это верно, что Комиссия разработала большое число критериев, чтобы руководствоваться ими, предоставляя столь широкие возможности. Однако эти критерии были столь общими и многочисленными, что часто трудно определить, являются ли действия Комиссии результатом разумного обоснования или обычного каприза. Не было бы лучше, если бы Конгресс установил некоторые основные критерии, касающиеся компетентности, диверсификации средств массовой коммуникации, а также монополии, а затем предложил бы, чтобы лицензии предоставлялись тем, кто предложит самую высокую цену? Препятствия для реализации этого предложения могут возникнуть в области телевидения и в связи с тем, что средства автоматического контроля, возможно, не найдут широкого применения. Но, конечно же, целью должно стать ограничение свободы действий самыми узкими правовыми рамками, особенно, если распределение «сокровищ» санкционировано законом или он предполагает замену административного решения на решение, которое в другом случае определялось бы силами конкуренции»⁷¹.

В настоящее время к идее об использовании механизма ценообразования в области радиовещания относятся равнодушно, и неудивительно, что предложению профессора Байса не нашлось места в докладе подкомитета. Отчасти это враждебное отношение является отражением недопонимания, о котором говорилось в предыдущих параграфах⁷², но дело не только в этом. Когда профессор Смит (в статье, рассмотренной выше) приводит свой экономический довод против использования ценовой системы, он выдвигает аргумент совсем иного характера. Он говорит, что

«второй широкий постулат, который, по-видимому, лежит в основе предложений подобных тем, что выдвинул м-р Херцель, является политико-экономическим по своей природе и заключается в том, что, если радиовещание, как и продовольственный магазин, будет использовать обычную организацию бизнеса, подлежащую лишь общим правовым ограничениям в отношении своей погони за прибылью, это послужит всеобщему благу. Этот постулат напоминает похожее утверждение, что ответственность владельцев радиостанций в области образования и культуры большей частью не должна намного отличаться от ответственности владельцев газет и журналов...

⁷¹ См. дискуссию с участием представителей школ права, правительства и судей: *Hearings on Investigation of Regulatory Commissions and Agencies...* *Supra* note 70. P. 166—167. Тот же вопрос был поднят профессором Артуром Миллером из Школы права Университета Эмори (*Id.*, at 172).

⁷² Во время слушаний член Палаты представителей Маулдер спросил профессора Байса, не приведет ли его предложение к тому, что Комиссия будет «выдавать лицензии не самым компетентным, а самым богатым?». *Id.*, at 186.

... Вопреки тому, что эти два постулата широко используются коммерческими организациями в пропагандистских целях, в Соединенных Штатах традиционно считается, что экономические, образовательные и культурные права и обязанности радиовещания являются единственными в своем роде»⁷³.

Позиция профессора Смита, по-видимому, заключалась в том, что радиовещание играет (или будет играть) более важную роль в образовании и культуре, чем газеты и журналы (и, я думаю, он добавил бы к этому книги) и что поэтому то, что передается по радио, должно подвергнуться более жесткому государственному регулированию, чем то, что выходит из печати. Обе части этого утверждения можно оспорить. Однако профессор Смит прав, заявляя, что этой (или подобной ей) точки зрения долго и упорно придерживалось большинство тех, кто имел отношение к политике радиовещания в Соединенных Штатах. Так, а 1924 году м-р Гувер заявил:

«Радиосвязь не следует рассматривать как обычный бизнес, осуществляемый ради собственной выгоды, любопытства или саморекламы. Это дело государства, которое ему доверило общество, и его следует рассматривать прежде всего с точки зрения общественных интересов в той же мере и на основе тех же общих принципов, как и другие услуги инфраструктуры»⁷⁴.

А нынешний президент Федеральной комиссии по связи м-р Джон Дорфер в 1959 году сказал, что регулирование программ радиовещания

«Вызвано присущей ему способностью влиять на умы людей и сопровождающей его ограниченностью доступных радиочастот... Сочетание огромных потенциальных возможностей и недостатка радиочастот желательного диапазона были главной движущей силой всех действий — законодательных, административных или судебных, — признавших те свободы, которыми обычно обладают журналист, артист и священник»⁷⁵.

Если задачей государственного регулирования радиовещания является влияние на составление программ, то уместно выяснить, вызвана ли его необходимость технологическими особенностями отрасли. Разумеется, возникает вопрос в отношении того, совместимо ли подобное регулирование с доктриной свободы слова и печати. Вообще-то этот вопрос не волнует тех, кто хотел, чтобы Федеральная комиссия по связи контролировало составление радиопрограмм. Ведь они считают, что можно провести четкое различие между радиовещанием и публикацией газет, периодических изданий и книг (в отношении которых такого же регулирования требуют немногие)⁷⁶. Так в комментарии по делу «Мэйфлауэр» мы читаем:

⁷³ *Smythe D. W. Facing Facts about the Broadcast Business // The University of Chicago Law Review. 1952. Vol. 20, No 1. См. подстраничную сноску 32.*

⁷⁴ *Hearing on H. R. 7357, To Regulate Radio Communication, before the House Committee on the Merchant Marine and fisheries, 68th Cong., 1st Sess. 10 (1924).*

⁷⁵ *Address by John C. Doerfer at Chicago before the National Association of Broadcasters (1959. March 17).*

⁷⁶ *Находились такие, кто интерпретировал доктрину свободы слова и печати не как абсолютный запрет определенных видов деятельности правительства, а как носящую «рекомендательный характер ... подлежащую отмене (посредством судебных процессов)», если это «всерьез угрожает некоторым аспектам общественного интереса» (Siepmann C. A. Op. cit. Supra note 30, at 231). Вероятно, с этой интерпретацией понятия свободы слова и печати сочеталось бы учреждение Федеральной комиссии по прессе с такими же полномочиями, как и у Федеральной комиссии по связи.*

«...Радио уникально. Оно образует среду, которая, несмотря на свою количественную ограниченность, обладает практически беспредельными возможностями как средство массового распространения идей и которую невозможно вообразить в качестве объекта любой другой собственности, кроме общественной. В этой области полезно провести аналогию со свободой личности или печати»⁷⁷.

Верховный суд провел различие между радиовещанием и публикацией газет, опираясь на тот факт, что ресурс, используемый в радиовещании, является количественно ограниченным и редким. Но, как мы уже знаем, этот аргумент не имеет под собой оснований. Еще один распространенный аргумент заключается в том, что, поскольку операторы радиостанций используют общественную собственность, государство имеет право убедиться в том, что эти ресурсы используются «в интересах общества». «Радио является общественным достоянием, к которому владельцы имеют лишь условный и временный доступ. Народ является его «лендлордом», а держатели лицензий — «фермерами-арендаторами». «Доверенным лицом» народа является Федеральная комиссия по связи»⁷⁸. Может показаться, что, если один из используемых ресурсов находился в общественной собственности или подвергался распределению со стороны государства, то оно имеет право решать, что печатать в газетах, периодических изданиях и книгах. Давая в 1947 г. показания подкомитету Сената, м-р Джастин Миллер, президент Национальной ассоциации работников вещания, отметил, что государственное регулирование того, что может быть напечатано в газетах, противоречило бы конституции. Но радиовещание тоже попадает под Первую поправку, и поэтому он утверждал, что нормы, разработанные для того, чтобы регулировать содержание программ радиовещания, не соответствовали конституции. По-видимому, аргументы Миллера показали сенаторам абсолютно неубедительными. Сенатор Макфарленд сказал:

«...Между прессой и радио существует различие. Вы можете сравнивать их, но не можете утверждать, что они похожи. Вы предоставляете радиочастоты для работы радиовещательной отрасли. Как только лицензия выдана, она стоит больших денег. Это не имеет к прессе никакого отношения. На мой взгляд, именно здесь люди теряют почву под ногами».

А сенатор Уайт заявил:

«Я вообще не понимаю идею о том, что существует полная аналогия между лицензией на радиовещание, которая выдается правительством и предполагает осуществление его полномочий, и правом любого желающего начать выпуск газеты без каких-либо препятствий, разрешений или помех со стороны правительства... Мне довольно трудно понять, как государственный орган может говорить, предоставляет или нет лицензиат общественную услугу, если у него нет возможности ознакомиться и принять во внимание характер транслируемых лицензиатом программ»⁷⁹.

Эти комментарии со всей очевидностью говорят о том, что подобная защита существующей системы вызвана непониманием. В основе аргументации лежит существование государственной собственности на частоты, дающей

⁷⁷ Radio Editorials and the Mayflower Doctrine // Columbia Law Review. 1948. Vol. 48, No 5.

⁷⁸ Siepmann C. A. Op. cit. Supra note 30, at 222.

⁷⁹ Hearings on S. 1333, to Amend the Communications Act of 1934, before the Senate Committee on Interstate and Foreign Commerce, 80th Cong., 1st Sess. 120, 123 (1947). Показания Миллера можно также найти в National Association of Broadcasters, Broadcasting and the Bill of Rights 1—35 (1947). Обмен мнениями между м-ром Миллером и сенаторами см.: Regulation of Broadcasting: Half a Century of Government Regulation of Broadcasting and the Need for Further Legislative Action / McMahon R. for the House Subcommittee on Legislative Oversight, 85th cong., 2d Sess. (1958).

государству право влиять на содержание программ. Однако, как мы уже убедились, нет причины для того, чтобы не существовало частной собственности на радиочастоты⁸⁰. Если желательно регулировать содержание программ, это должно быть оправдано своими собственными причинами, а не тем, что это побочный продукт определенного экономического устройства. Говорить, что ресурсы должны использоваться в интересах общества, — это не решение проблемы. Поскольку все согласны с тем, что в других областях использование частной собственности и ценовой системы совпадает с интересами общества, почему этого не должно быть в области радиовещания?

Говорят, что м-р Уильям Говард Тафт, который был председателем Верховного суда в критический период формирования отрасли радиовещания, сказал: «Я всегда уклонялся от вопроса о радио. Я отказывался отдавать судебные предписания и говорил другим судьям, что я надеюсь по возможности дольше избегать перехода к этому предмету». Вынужденный объяснить, почему это так, он ответил:

«...толкование закона в этой сфере чем-то напоминает попытку толковать закон о непостижимом. Это похоже на вступление в контакт со сверхъестественным. Я хочу отложить его рассмотрение на как можно более долгий срок в надежде, что он станет более понятным до того, как суд перейдет к соответствующим вопросам»⁸¹.

Загадочность технологии радиовещания действительно повлияла на формирование наших взглядов на политику в этой области. Основная идея данной статьи заключалась в том, чтобы показать, что проблемы, которые ставит перед нами радиовещание, не требуют фундаментальных изменений в правовых и экономических нормах, действующих в других отраслях. Однако вера в то, что радиовещание является единственным в своем роде и требует регулирования такого рода, которое немыслимо для других средств коммуникации, сегодня столь сильна, что, возможно, недоступна критическому осмыслению. История регулирования радиовещания свидетельствует об определяющей роли событий первых дней перехода к новому направлению в долгосрочной политике правительства. Она также говорит о том, что появление новых технологий не должно поражать юристов и экономистов до такой степени, чтобы они меняли существующую правовую и экономическую систему, не убедившись перед этим, что эти изменения необходимы.

⁸⁰ Слабой стороной изложения Миллером его позиции было то, что он признавал необходимость государственного распределения радиочастот и, вероятно, не знал о возможности их распределения при помощи ценового механизма. М-р Миллер попытался сделать понятной сенаторам его аналогию радиовещания с публикацией газет, и поскольку это имело отношение к Первой поправке, привел гипотетический пример. Он сказал, что существовал дефицит газетной бумаги, и что «в один из таких дней у нас мог появиться государственный орган, уполномоченный ее распределять... В подобных обстоятельствах было ли бы правильным считать, что государственный орган налагает ограничение на свободу печати, как это сейчас делается в отношении радиовещания? Ответ содержится в самом вопросе». Однако, если правительство распределяет газетную бумагу бесплатно, можно практически не сомневаться, что оно принимает в расчет, для чего она используется. Очевидным способом отстранить от этого правительство была бы продажа газетной бумаги по цене, соответствующей равенству спроса и предложения.

⁸¹ *Dill C. C. Radio Law*. Washington, DC: National Law Book Company, 1938. М-р Тафт был председателем Верховного суда с 1921 по 1930 г. Насколько мне удалось узнать, пока он был его председателем, Верховный суд не рассматривал никаких дел, связанных с радиовещанием.