

Экономический анализ права и его место в цивилистической методологии

 **С.А. Сеницын**

ведущий научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, кандидат юридических наук: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Б. Черемушкинская, 34. E-mail: SynSS@mail.ru , civil@izak.ru

Аннотация

Отставание правового регулирования от темпов социально-экономического развития явилось одним из факторов, обусловившим появление и широкое распространение нового направления исследований правовых институтов с позиций экономической обусловленности права, отличающегося радикальными подходами и нигилистическими оценками традиционной юридической методологии исследований, накопленной за несколько столетий научными школами различных правовых систем. Экономическим анализом права сами правовые институты восприняты по большей части как «экономический утиль» или технический инструмент, эффективность и полезность которого должны проверяться только экономическими категориями. При этом отсутствуют ответы на вопросы о причинах, по которым только экономика, но не право должна рассматриваться как глобальная система оценки всех социальных явлений (мера всего). Следует разобраться с тем, является ли экономический анализ права новым методом исследования права или только идеологией, смена вывесок в которой может оправдать в один и тот же момент диаметрально противоположные точки зрения. Нельзя сказать, что экономический анализ права получил распространение только в англо-американском праве — сегодня он активно используется в лоббистской деятельности в континентально-европейском праве через деятельность авторитетных международных финансовых организаций. Его влияние было замечено и при реформе германского обязательственного права в 2002 г. Нередко при разрешении споров суды опираются не только на действующее законодательство, но и на подходы экономического анализа права. Вызовы времени диктуют настоятельную необходимость исследовать и критически оценить полноту и эффективность подходов экономического анализа права и их влияние на правовую систему и доктрину, а также риски, связанные с абсолютизацией значения экономического анализа для правового регулирования и научных исследований. Любое отрицание метода оценки и регулирования не может быть огульным, требует тщательного исследования назначения и сферы действия. Не обнаруживается никаких оснований считать подходы экономического анализа права альтернативой методологии цивилистических исследований или определяющим вектором законотворческого процесса. Это не мешает использовать его наработки для оценки регулирующего воздействия нормативно-правовых актов.

Ключевые слова

экономический анализ права, методология, цивилистика, толкование права, экономика и право, эффективность права, цели и методы права, законотворческий процесс.

Библиографическое описание: Сеницын С.А. Экономический анализ права и его место в цивилистической методологии // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 4–17.

JEL: R1; УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.4.17

В современных исследованиях по гражданскому праву активно обсуждаются место и значение концепции экономического анализа права в законотворческом процессе, правоприменительной практике и доктрине. Это делает актуальной постановку и исследование вопросов о приемлемости и формах возможного адекватного использования наработок этого направления в целях совершенствования гражданского законодательства, повышения эффективности правоприменительной практики, расширения арсенала цивилистических исследований новыми алгоритмами.

Подходы к экономическому анализу и проблемы его восприятия в современном гражданском праве

По своему содержанию экономический анализ права основывается на внушительном объеме эконометрических данных и специфической терминологии, задающей координаты исследований и восприятия юридических институтов, которые проверяются и оцениваются с точки зрения оптимальности и рациональности выбора варианта поведения субъекта, эффективности и экономической целесообразности. Экономический анализ права направлен на модификацию юридического мировоззрения, на отступление от буквы закона и чаще всего позиционируется его сторонниками как «ключ к лучшему праву» во всех правовых системах. При этом среди сторонников этого направления не наблюдается единства в понимании и изложении ключевых и основополагающих категорий, что является одной из отличительных черт науки в сравнении с идеологией: система институтов, принципов, понятий.

Экономический анализ права может рассматриваться в двух принципиально различных формах: позитивной (исследуются закономерности взаимодействия права и экономики — в этом случае экономический анализ права может рассматриваться как междотраслевой научный метод исследования) и нормативной (используется экономически и политически господствующими классами, лоббистами и агентами иностранного влияния как средство изменения законодательства в сугубо экономических целях часто для разового применения нормы под лозунгами — «рост экономического благосостояния как цель права»). Важно понимать, что потенциал нормативной функции экономического анализа права опасен и тем, что позволяет пренебречь или отступить от норм права, утративших свою экономическую полезность, еще до их официальной отмены, что полностью нивелирует значение права как регулятора общественных отношений.

Широкое обсуждение востребованности и уместности экономического анализа права для современной российской правовой доктрины и гражданского законодательства отличается категоричностью выводов как сторонников, так и противников этой концепции. Примечательно, что в большинстве своем (исключением является далее цитируемая монография А.Г. Карапетова) такие суждения основываются на выборочном и часто повторяющемся цитировании одних и тех же работ с незначительным, часто вкусовым перефразированием аргументов с уклоном в сторону англо-американского правосознания, сконцентрированного на примате экономического анализа права, что, впрочем, нисколько не мешает авторам приходиться к принципиально различным выводам. В одном случае без какого-либо анализа вопроса в правовых системах современности делается вывод об «уничтожении самой доктрины российского права за счет внедрения теории экономического анализа права»¹, в другом на базе только англо-американского

¹ Курбанов А.А. Защита прав и законных интересов в условиях «модернизации» правовой системы России. М., 2013 // СПС «Гарант».

риканских подходов утверждается, что экономический анализ права давно стал «мейн-стримом в западных правовых порядках, однако у нас он только пробивает себе дорогу»². В отдельных случаях трудно понять, какое значение, кроме воспевания подходов предпринимательского права, вкладывают авторы в понимание новых методологически значимых актуальных направлений цивилистических исследований с учетом социализации экономики и права³.

Едва ли верно утверждение, что экономический анализ права является детищем только англо-американского права и никак не воспринят гражданским правом континентальной Европы, в котором можно встретить плюрализм мнений на этот счет. Достаточно сказать, что в базовых курсах австрийского гражданского права экономический анализ права рассматривается в разделе метода гражданского права, где, во-первых, обращается внимание на общеизвестные факты, что наука об экономическом анализе права делает основной акцент на понятии об экономической эффективности (под ней понимается экономически оправданное распределение (выделение) ресурсов и минимизация операционных расходов), но, во-вторых, признается, что «экономические аспекты также принимаются во внимание и могут сыграть существенную роль в вопросе допустимости притязаний при взаимных притязаниях, а также являться ориентиром для принятия одного из формально допустимых решений и его аргументации (*вероятно, на стадии правоприменения и реализации права.* — С.С.)⁴. Германские цивилисты также видели рациональное зерно во взаимодействии цивилистики и экономического анализа права, считая необходимым ориентировать новое направление как социально-экономический анализ права. В частности, было отмечено, что именно осознание экономических последствий вынудило законодателя урегулировать вопросы о распределении прав и обязанностей, трансакционных издержек и рисков между участниками сделки, разделить и дифференцировать размеры и условия ответственности с возложением бремени доказывания на профессионального участника оборота-предпринимателя с оставлением на случай спора непредпринимателю больших гарантий и прав (притязаний) в сравнении с предпринимателем. Также утверждается, что в целом экономический анализ пригоден для оценки рациональности поведения участников гражданских правоотношений⁵.

Не отвергает значимости экономического анализа для обязательственного права и К. Ларенц, который одновременно с этим обращает внимание на разновекторную интерпретацию целей регулирования юридического метода и экономического анализа права: «Создана модель, достойная обсуждения в плане экономического благосостояния, которая, в частности, подчеркивает, что правовое регулирование и правовые институты основываются не только на исторической традиции, систематике понятий и жестких догматических постулатах, но выполняют также экономические функции и могут быть подвергнуты проверке на пригодность для выполнения этих функций. Слабые стороны экономического анализа права, однако, заключаются в том, что он ориентирован исключительно на аспекты экономической целесообразности, не придавая самостоятельного значения другим пра-

² Степанов Д.И. Спрос на право и диспозитивность регулирования: экономический анализ права // Вестник экономического правосудия. 2016. № 6. С. 65–124.

³ Барков А.В. О некоторых актуальных направлениях цивилистических исследований с учетом социализации экономики и права / Методологические проблемы цивилистических исследований: сборник статей. М., 2016. С. 7–13.

⁴ Koziol H., Welser R. Grundriss des Buergerlichen Rechts. Wien, 1996. Bd. 1. S. 21–22.

⁵ Esser J., Schmidt E. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. Heidelberg, 1989. S. 33–37.

новым ценностям, таким как социальная защищенность, правовая охрана и основополагающие правовые ценности обычаев, будучи не в состоянии достоверно их оценить. Таким образом, функционирование общественной формации сводится к экономической системе, в то время как системы, основывающиеся на иных принципах (*собственно правовая система*. — С.С.), не рассматриваются во всех своих взаимозависимостях.

Кроме того, экономический анализ имеет слишком много допущений, например, разрабатывая абстрактные решения там, где отсутствуют реальные рыночные результаты. За счет этого снижаются достоверность и объективность полученных научно-исследовательским путем результатов и оказывается невозможным обоснование защиты интересов наиболее экономически слабых субъектов»⁶. Комментаторы ГГУ ФРГ отмечают, что истечение сроков давности по обязательственным правам рассматривалось как «ключевая экономическая часть» модернизации обязательственного права при его реформе, которая оказала существенное влияние на установление специальных сроков исковой давности применительно к конкретным исковым требованиям⁷. В курсе теории частного права подробно анализируются отдельные подходы инструментария экономического анализа права на предмет его пригодности для современной юриспруденции⁸, а в специальных исследованиях по юридической методологии плюсы и минусы методологии экономического анализа права излагаются как особенности англо-американской правовой доктрины⁹, что, как представляется, не может являться основой-доказательством в пользу безоговорочного отрицания наработок экономического анализа в части расширения мировоззрения юриста, например, в аспекте оценки соотношения буквы и духа закона. Также необходимо помнить, что отдельные подходы концепции экономического анализа права требуют проверки и адаптации к нуждам юриспруденции как продукт научного знания и не всегда как бездоказательный идеологический стереотип. Неоднородность взглядов ученых на место и значение экономического анализа права свидетельствует о неуниверсальности и колебаниях юристов в оценке его подходов.

Опрометчивы надежды, абсолютизирующие значимость экономического анализа права в юриспруденции. В настоящий момент нет никаких оснований считать, что концепция экономического анализа права может рассматриваться как аналог или альтернатива цивилистической методологии ни сегодня, ни в перспективе, что, впрочем, не свидетельствует и о принципиальной невозможности использования наработок концепции экономического анализа права как вспомогательных средств в изучении граней взаимосвязи экономики и частного права.

Взаимосвязь права и экономики в цивилистических исследованиях: опыт и современность

Ни в значении цели, ни метода экономический анализ права не был известен отечественной доктрине гражданского права, но институты гражданского права традиционно рассматривались учеными с опорой и во взаимосвязи с их экономической основой.

⁶ Larenz K., Wolf M. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. München, 2004. S. 79–80.

⁷ Historisch-kritischer Kommentar zum BGB / herausg. M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann. Tübingen, 2003. Bd. 1. Allgemeiner Teil. S. 997.

⁸ См.: Privatrechtstheorie / herausg. S. Grudmann, H-W. Micklitz, M. Renner. Tübingen, 2015. Bd. 1. S. 167–194.

⁹ См.: Hager G. Rechtsmethoden in Europa. Tübingen, 2009. S. 60–76.

На рубеже тысячелетий в качестве прогноза и будущих направлений науки частного права учеными было отмечено, что «римляне создали юридическую статику... а требованиями будущего является юридическая динамика» — социальная, техническая и экономическая жизнь ждет, «чтобы ее наконец-то поняли», для чего потребуются не менее столетия напряженной и глубочайшей работы нескольких поколений юристов¹⁰. Неудивительно, что столь емкие задачи и направления развития современного гражданского права (науки и законодательства) опасны своей безбрежностью и емкостью, которыми на деле могут быть оправданы любые подходы вплоть до полного отказа от правового регулирования и его замены средствами социальной, политической или экономической саморегуляции, в связи с чем радикальные новаторские подходы исследователей должны полагаться на глубокий и всесторонний анализ предлагаемых решений. В связи с этим оказываются полезными отдельные наработки теории права: «чисто юридический аспект исследования обедняет всестороннее познание», чем обосновывается полезность комплексных исследований и здесь же говорится о рациональном и взвешенном подходе к соотношению права и социально-экономических регуляторов — «экономика сама по себе не создает сознания, мировоззрения и соответствующего поведения индивида... прямое воздействие на сознание оказывается совокупностью моральных, политических и правовых норм»¹¹ — или о том, что игнорирование формальной определенности права в правоприменительной практике создает риск появления бесправия и произвола граждан перед государством¹².

Не находится оснований, чтобы спорить с тем, что в социальной реальности право — явление не самодостаточное и не изолированное, его соотношение с иными социальными регуляторами находится в постоянном поле зрения исследователей, отдельные из которых отрицают ведущее значение экономики в регулировании гражданских правоотношений, ими обосновываются только две новеллизационные тенденции развития гражданского права — гуманизация и социализация — в связи с чем утверждается, что совершенствование гражданского законодательства должно связываться с идеями не экономической, а социальной эффективности¹³. Узость такого подхода точно так же чревата фрагментарностью суждений, как и восприятие картины правопонимания только через призму экономических отношений рынка.

Экономика и гражданское право взаимосвязаны как непосредственный объект (базис) и способ регулирования (надстройка) имущественных отношений, игнорирование этой связи создает существенный риск или правовой экзальтации, или огульного отторжения и девальвации правовых институтов идей экономической целесообразности. Поиск контуров их взаимоотношения непрерывен: именно состояние развития имущественных отношений в конкретный исторический период определяет приоритеты и темпы законодательного развития; в свою очередь право в зависимости от остроты и своевременности реакции на объективные запросы товарооборота может не только способствовать поступательному развитию имущественных отношений, но и искусственно тормозить экономическое развитие общества, создав тем самым благоприят-

¹⁰ Алексеев С.С. Гражданское право в современную эпоху. М., 1999. С. 10.

¹¹ Керимов А.А. Философские основания политико-правовых исследований. М., 1986. С. 236, 243–244.

¹² Черданцев А.Ф. Толкование права и договора. М., 2003. С. 25–26.

¹³ Богданов Е.В., Богданов Д.Е., Богданова Е.Е. Развитие гражданского права России. Тенденции, перспективы, проблемы. М., 2014. С. 12, 18.

ные условия для развития теневой экономики, спровоцировав отток инвестиций и их переориентацию в другие юрисдикции.

Достоверно оценить последствия применения гражданского закона для жизни общества, его полноту и эффективность невозможно исключительно при помощи только правовых средств, которые не могут быть поняты только из самих себя в аспекте их воздействия на регулируемые общественные отношения. При этом функционал средств правового регулирования различен и не ограничивается юридической техникой и достижением беспробельного и непротиворечивого законодательства, которое при этом может оказаться неактуальным. Важно помнить, что право устанавливает запреты и ограничения для субъектов права, а при регулировании договорных правоотношений распределяет риски между участниками договора, предусматривая правовые последствия для случаев неурегулированности ситуации в договоре в диспозитивных нормах закона. Ограниченное только правопониманием мировоззрение на протяжении долгого времени соответствовало рациональному мышлению юриста континентальной системы права, занятого в большей степени совершенствованием и структурированием правовой системы. В итоге это воспрепятствовало созданию в континентальном европейском праве синтетической модели правопонимания, сочетающей формально юридические и социально-экономические аспекты основы правосознания в междисциплинарных дискурсах и правовых структурах¹⁴.

Отечественный опыт регулирования гражданских правоотношений показывает, что главной направляющей силой смены парадигмы правового регулирования в конкретную историческую эпоху являются совсем не открытие оптимальности или, напротив, недостатков конкретной правовой конструкции (формы) правового регулирования, а политическая воля и непосредственно подстроенные под нее концепты экономического развития государства, требующие новых форм правового опосредования или их идеологического окраса. В этом смысле именно темп и уровень развития экономических отношений являются направляющей силой развития правового регулирования имущественных отношений, которое не должно быть косным, но и не может регулировать все многообразие гражданских правоотношений только диспозитивным методом, имея в виду, в первую очередь, интересы оборота. Соотношение гражданского права и регулируемых им актов товарообмена выглядит как соотношение субъективных правовых форм регулирования и объективного экономического закона развития общества, что можно подтвердить на конкретных примерах.

Именно экономико-политическими причинами был обусловлен антагонизм буржуазного и социалистического гражданского права в советский период в условиях беспрекословности марксистской установки о том, что правовые отношения «не могут быть поняты из самих себя», из чего с логической очевидностью следовало два возможных пути развития юридической науки: акцент только на экономические основы правового регулирования в конкретной формации либо поиск взаимодействия инструментов права и экономики.

Соответственно заданным политическим и идеологическим установкам цивилисты отмечали, что изучение обязательственного права капиталистических стран для советского гражданского права значимо лишь с точки зрения использования этих знаний в

¹⁴ *Tretyakov S.V. Between Efficiency and Effectiveness // Rechtstheorie. 2015. No 46, S. 347–366; Tretyakov S.V. Economic Efficiency as a Model of the Social Context of Conceptualization of the Law // Working papers of the Research Program. Moscow, 2013. P. 1–9.*

советской внешнеторговой деятельности¹⁵, в то время как именно «революция открыла новые горизонты, перспективы развития гражданского, в частности, обязательственного права на новой, социалистической базе», сообразно чему в науке обосновывалось «внутреннее преобразование понятий обязательства и договора», констатировалась выработка «новых социалистических понятий обязательства и договора», где обязательство характеризовалось социалистическим характером производственных отношений, а в числе его «юридических признаков» называлась возмездность. Цели обязательства предлагалось искать «в общих целях советского государства»¹⁶, а совсем не в интересах его участников.

Аналогичное происходило и с регулированием права собственности, которое фактически уравнивалось с экономическим присвоением, а объектом права собственности выступали средства производства. Понятия производственных и имущественных отношений также фактически уравнивались — рудименты такого подхода сохранились в действующем законодательстве, которое выделяет открытый перечень форм собственности. При одобрении такого подхода, в итоге отвлекающего от основного предмета юридического исследования, с неизбежностью придется признать, что анализ правового регулирования формы экономических отношений пригоден только для конкретной формации, где право — это лишь средство отражения экономической реальности, что, в свою очередь, никак не может объяснить использование и модернизацию с учетом условий оборота одних и тех же правовых конструкций в различных формациях (право собственности, договор, институты наследственного права и т.д.).

Становится понятным, что отрицать взаимосвязь права и экономики в регулировании гражданских правоотношений бессмысленно; требуется найти конкретные основы взаимодействия базиса и надстройки, в противном случае юрист обречен на сугубо формальную оценку существующей структуры правоотношения при том, что именно развитие товарооборота диктует потребность в закреплении новых юридических форм и моделей в самом законодательстве. Теоретиками права было констатировано отсутствие адекватного описания социально-экономической обусловленности права, а только постулирование таковой юридической наукой¹⁷, что едва ли само по себе соответствует задачам юридической науки, хотя задолго до этого Е.Б. Пашуканисом были предложены меновая концепция и концепция правовой формы, а впоследствии С.Н. Братусь определил ближайшую задачу исследований выявлением и обоснованием зависимости норм права от уровня развития экономических отношений¹⁸. Наконец, глубоким методологически значимым исследованием соотношения правовой формы и экономических отношений явилось масштабное исследование С.И. Аскназия, который предложил свое видение интеграции правовой формы и экономического содержания, подчеркнув относительную самостоятельность надстройки, указал, что экономические отношения не исчерпывают сущности правовых институтов¹⁹.

¹⁵ См.: Май С.К. Очерк общей части буржуазного обязательственного права. М., 1953. С. 4.

¹⁶ Новицкий И.Б., Луиц Л.А. Общее учение об обязательствах. М., 1950. С. 5, 23, 52, 56, 62.

¹⁷ Денисов Ю.А., Спиридонов Л.И. Абстрактное и конкретное в советском правоведении. Л., 1987. С. 13, 65, 76–81.

¹⁸ См.: Братусь С.Н. О некоторых вопросах соотношения экономики и права на современном этапе строительства коммунизма / Развитие марксистско-ленинской теории государства и права XXII съездом КПСС. М., 1963. С. 171.

¹⁹ Аскназий С.И. Основные вопросы теории социалистического гражданского права. М., 2002. С. 5.

Смысл гражданско-правового регулирования никогда не составлял задачи самопоглощения и самосозерцания, ученые всегда искали и обосновывали пути повышения эффективности правового регулирования в сфере экономики в условиях развития самих регулируемых отношений соответственно потребностям оборота, правопорядка и непосредственно навстречу интересам субъектов имущественных отношений²⁰. Институты обязательственного права опосредуют акты товарооборота, в связи с чем О.С. Иоффе отметил, что обязательства независимо от их вида обладают «определенной как экономической, так и юридической общностью», что позволяет выделить общую часть обязательственного права, а также и положения об отдельных видах договорных обязательств по их цели и предмету²¹. М.И. Брагинским и В.В. Витрянским было замечено, что предусмотренная кодексом типизация договоров уже в первые годы его действия показалась «недостаточной для удовлетворения возросших потребностей рынка», которые гарантированы предусмотренной возможностью заключения непоименованных ГК РФ договоров, к которым будут применяться общие нормы обязательственного права²². Распределение рисков и бремени несения обязанностей между участниками обязательств, корпоративных и вещных правоотношений, а, тем более, между субъектами семейных и наследственных правоотношений в моделях правового регулирования осуществляется законодателем, в первую очередь, на основе правоохраняемых интересов и специфики гражданско-правового статуса субъектов гражданского права, но никак не с точки зрения только экономической эффективности и целесообразности распределения обязанностей на более экономически сильного участника.

Недооценка основополагающей, но в то же время паритетной связи правовой формы и уровня экономического развития общества влечет появление гибридных конструкций, природа которых остается неясной ни с позиций социально-экономических, ни юридических подходов. Так, в последних российских работах по обязательственному праву утверждается, что «гражданское правоотношение — это в некотором роде экономическое общение, взаимодействие по поводу экономических благ, имущественных выгод, знаний, удовольствий и т.п.»²³. В этом же смысле через призму именно экономических предоставлений материальных благ, а не исполнения обязательств проводится деление обязанностей должника в договорном праве²⁴. В другом случае под лозунгом «ограничение предмета исследования приводит к ограничению выводов» предлагается наконец преодолеть укрепившиеся в сознании стереотипы и, «выявив экономические основы формирования уставного капитала» заключить, что «уставный капитал в каждый момент времени — это сумма акций на лицевых счетах акционеров, включая акции, временно находящиеся в собственности эмитента, т.е. зачисленные на его казначейский счет»²⁵. Одновременно забывают, что назначение уставного капитала реализуется не в формальных критериях распределения принадлежности акций/долей, а прежде всего в устойчивости и гласности имущественного статуса юридического лица, гарантирую-

²⁰ Яковлев В.Ф. Избранные труды. Гражданское право: история и современность. М., 2012. Т. II. Кн. 1. С. 583–584.

²¹ Иоффе О.С. Общее учение об обязательствах / Избранные труды. СПб., 2004. Т. 3. С. 34.

²² Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. М., 2000. Кн. 1. С. 51.

²³ Сарбаи С.В. Элементарная догматика обязательств. М., 2017. С. 9.

²⁴ Договорное и обязательственное право / под ред. А.Г. Карапетова. М., 2017. С. 24–29.

²⁵ Глушецкий А.А. Уставный капитал: стереотипы и их преодоление. Экономический анализ норм корпоративного права. М., 2017. С. 4, 19.

щего хотя бы в минимальном размере законные интересы его кредиторов, в связи с чем вопрос о размере уставного капитала хозяйственных обществ для российского права без преувеличения приобретает острую значимость, не теряя актуальности.

Правовая система не находится в изоляции от социально-экономического развития. Недостаточность и ограниченность позитивистской концепции правопонимания очевидны даже при беглом обзоре складывающихся и обосновываемых в современной доктрине новелизационных тенденций развития гражданского права (гуманизации, социализации, необходимости экономико-правовой оценки в законопроектной работе), основанных на давно известных социологическим подходах в толковании и применении гражданских законов еще в XIX в., обоснованных концепцией Фукса или методом взвешивания интересов Штампе. Многие из них и сегодня не без успеха применяются при характеристике взаимосвязи социально-экономических отношений и формы их юридического опосредования, что требуется для эффективности самого правового регулирования.

Неразрывная связь права и социально-экономических отношений проявляет себя на этапах разработки законопроектов, толковании действующего закона, оценки регулирующего воздействия законодательства на объект регулирования — социально-экономические отношения. Даже выборочный анализ доктринальных подходов к толкованию источников гражданского законодательства показывает, что российская цивилистика не ограничивалась уяснением буквального смысла нормы в ее обособленном или систематическом рассмотрении, но вместе с тем постулируемым широким пониманием целей толкования создала условия для подгонки под общие понятия «справедливость» и «целесообразность» конкретного содержания, которое, разумеется, может быть различным, включая как экономические, так и любые социальные ориентиры.

Так, например, следуя идеям Е.В. Васьковского, судье придется улавливать соотношение между мыслью законодателя и формой ее выражения, блуждая в лабиринтах двусмысленности выражений и определений «воли», «мысли» законодателя, улавливая скрытое содержание нормы права, чему призвано способствовать не буквальное, а реальное толкование норм²⁶, где установление воли законодателя понимается как «логическое развитие норм», ведущее к появлению новых квазинорм, которые созданы уже не законодателем, а правоприменителем, но, тем не менее, как указывается, являются общеобязательными для всех лиц, подпадающих под юрисдикцию государства²⁷. Реальное толкование предполагает анализ «основания нормы» и ее внутренних данных (соотношение в развитии идей законодателя с реальными регулируемыми отношениями)²⁸. Выводы, следующие из такого понимания, могут быть либо чрезмерно неопределенными, либо, напротив, зауженными, что, например, позволит счесть любую сохранную расписку прикрытием заемного обязательства. Кроме того, придется отвечать на совсем неудобные вопросы: зачем появилась норма, чьи и какие интересы ею защищаются, и, в конце концов, можно ли их ограничить или вовсе пренебречь такими интересами при применении нормы — универсальность и сила таких выводов отнюдь неочевидны.

Еще дальше идет А.В. Завадский, когда утверждает, что судье должна быть предоставлена максимальная возможность при толковании законов²⁹. Особо следует сказать

²⁶ Васьковский Е.В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М., 2002. С. 60, 62, 87, 91.

²⁷ Там же. С. 87.

²⁸ Васьковский Е.В. Указ. соч. С. 235, 296.

²⁹ Завадский А.В. К учению о толковании и применении гражданских законов. М., 2008. С. 235, 296.

о значимости оценки регулирующего воздействия³⁰ действующего законодательства на законотворческий процесс и непосредственное развитие социально-экономических отношений, которое может проявить себя не только в их стимулировании и поступательном развитии, но и повлечь гипертрофию, а в отдельных случаях — и консервацию, и даже замораживание регулируемых отношений.

Место экономического анализа права в цивилистической методологии

Современному российскому праву широко известны категорические и часто взаимоисключающие утверждения, что право является искусством добра и справедливости, а не средством оптимизации экономических издержек бизнеса. Возникает вопрос, можно ли на этом основании безоговорочно и полностью отрицать вообще какое-либо значение экономического анализа для гражданского права? Пожалуй, можно, если экономический анализ права понимать только как смену идеи справедливости на идею экономической эффективности, или в том же радикальном духе утверждать, но отстаивая уже противоположную позицию, что «предмет юридической и экономической науки может частично совпадать», а «метод соединения в одно целое разнородных элементов будет представлять собой новый метод — метод агрегирования экономических и юридических методов познания как собственный метод «права и экономики». Это, как утверждается, позволяет цивилистике частично восполнить утраченный реализм, например, когда национальное законодательство отдельных правопорядков (ст. 1 SZGB) позволяет мотивировать решение судейским усмотрением, основанном только или преимущественно на экономической логике³¹.

Ограниченность применимости только экономического аспекта понимания урегулированных гражданским правом отношений проявляет себя при рассмотрении, например, неимущественных отношений. Можно ли и каким образом характеризовать их с позиций экономического анализа права? Затруднения при попытках формулировки положительного ответа на этот вопрос очевидны, что само по себе не позволяет говорить об универсальности концепции экономического анализа права.

Принципиальные сомнения вызывает анализ частного права только экономическим инструментарием по следующим обстоятельствам. Во-первых, закономерности развития рыночных отношений не могут поглотить правовые формы регулирования уже только потому, что методология экономического анализа права в основном опирается на критерии рациональности и оптимальности при выборе решения. Ограниченность такого подхода и его безоговорочная неприемлемость для права очевидны хотя бы из того, что применением такого подхода невозможно объяснить ряд установленных законом разнородных ограничений свободы волеизъявления субъектов гражданского права, которые обеспечены либо императивными нормами законодательства, либо установленными нормами-запретами и ограничениями свободы поведения правообладателей. При этом отказ от таких ограничений с точки зрения экономики окажется самым выгодным вариантом поведения заинтересованного лица, стремящегося к максимальному обогащению (запрет недобросовестного поведения, составы недействи-

³⁰ См.: Тихомиров Ю.А. Регулирующее воздействие: методики и опыт. М., 2016. С. 10–12.

³¹ Гаджиев Г.А. Е.В. Васильковский и современная цивилистическая методология // Журнал российского права. 2016. № 8. С. 59–63.

тельных сделок, обязательная доля в наследстве, минимальный размер алиментов) или же специфику участия в имущественном обороте отдельных субъектов (например, некоммерческие организации).

В наиболее распространенных в гражданском обороте случаях именно потребитель гарантирован усиленными мерами защиты, несмотря на то, что при заключении договора с профессиональным предпринимателем он не вникает в суть договорных условий, никак не оценивая правовых последствий его заключения и исполнения, что не влияет на объем предоставленной ему законом правовой защиты. Такая ситуация не вписывается в рациональность и экономические стимулы поведения участников оборота, хотя сторонники широкого распространения экономического анализа права как раз приходят к выводу, что «экономический взгляд оценивает правовые нормы не столько с позиции адекватности их применения к какому-то уже произошедшему случаю, сколько с точки зрения их роли в качестве стимулов»³².

Кроме того, при оценке роли экономического мировоззрения как доминирующего при анализе права необходимо учитывать, что экономическая наука оказывается бесильной в прогнозировании финансовых коллапсов и кризисов на товарных, валютных и финансовых рынках, не может объяснить колебаний курсов национальных валют, оказывается способной только описать текущее состояние, но не прогнозировать развитие и конкурентоспособность национальных экономик и др. Едва ли методы и средства экономического анализа права потенциально способны гарантировать и реализовать мечту всех без исключений наций, государств и гражданских обществ о безбедном существовании и экономическом взлете. Верно и то, что аналитическая статистика экономических показателей и расчетов является неоспоримо важной математической функцией, которая не может рассматриваться как объяснение закономерностей общественного развития, выполняя только вспомогательную функцию в анализе текущего состояния и прогнозе будущего развития. Не лишне напомнить, что полезность концепции экономического анализа права не раз ставилась под сомнение в юридической науке в странах англо-американского права.

Чрезвычайно важно определиться с самим понятием и сферой действия метода экономического анализа права и понять, почему он непременно должен заменить собой опробованные столетиями методы юридических исследований. Представляется, ничто не препятствует субсидиарно использовать критерии и алгоритмы прогнозной оценки конкретных законодательных инициатив и последствий применения действующего законодательства с точки зрения комплексной юридической и социально-экономической оценки эффективности действующего законодательства. Важно понимать, в каких сферах гражданско-правового регулирования такая оценка обоснована и будет способствовать эффективности правоприменения и прогрессивного развития законодательства. Практикующие юристы согласятся с ущербностью правовой системы, где судьи, не понимая последствий выносимых ими решений, обеспокоены в большей степени перспективой оставления их в силе вышестоящими инстанциями, чем их экономическими последствиями для оборота в целом. Например, при снижении неустойки суд зачастую руководствуется собственными представлениями о достаточности и чрезмерности, огульно снижая неустойку вдвое или втрое, не затрудняясь при этом обоснованием шага снижения в принимаемом судебном акте или же не до конца учитывая последствия взыскания штрафных санкций с предпрятия, забывая, что в цивилизованном

³² Каранетов А.Г. Экономический анализ права. М., 2016. С. 63.

обороте начисление штрафных санкций едва ли может рассматриваться как способ заработка кредитора.

Обращает на себя внимание и нарочитая острота ракурса постановки и рассмотрения вопроса. Совсем не обязательно насаживать и внедрять повсеместно самые отрицательные и уродливые черты экономического анализа права³³: идеология экономического анализа права (хотя бы в части) может иметь рациональное зерно, состоящее не в разрушении и бесповоротном отказе от детализированного правового регулирования социально-экономических отношений посредством создания очередных каучуковых норм о примате экономических ценностей над правовыми нормами, а в обогащении инструментария цивилистической методологии новыми алгоритмами и методами научных исследований, тем более, что идеологи школы экономического анализа права говорят о задании масштабов разумного правотворчества. Остается определиться только с объемом и форматом такого взаимодействия.

Разумеется, не стоит ожидать, что взаимодействие права и экономики сиюминутно или в перспективе устранил неразрешимые противоречия в развитии общества, уравняет богатых и бедных, нивелирует противоречия между трудом и капиталом, но такое понимание проблем правового регулирования и правоприменения позволит расширить ракурс предмета исследований, усилить прогнозную оценку законодательных новелл и текущего состояния регулирования имущественных отношений в целом. Очевидны положительные примеры экономико-правовых оценок текущего состояния и перспектив правового регулирования. Именно взвешенное правопонимание в аспекте взаимосвязи правового регулирования и действительного экономического смысла актов товарооборота с их социально-экономическими последствиями для жизни всего общества позволили установить в национальных законодательствах повышенные меры охраны и гарантии сохранения ограниченных и невозполнимых природных ресурсов, вместе с тем отвечающих характеристикам объектов гражданских прав, явилось стимулом формулировки в национальных законодательствах норм о восстановлении корпоративного контроля как меры защиты нарушенных прав (само понятие корпоративного контроля изначально было обосновано экономистами, а не юристами). Аналогичным образом именно потребности экономической жизни в стимулировании добросовестной конкуренции на товарных и финансовых рынках и защите от недобросовестной конкуренции явились мощным стимулом развития конкурентного права и антимонопольных ограничений, хотя и здесь следует указать на бессодержательные нормы гражданского законодательства, которые отныне определяют аффилированность.

Изложенное позволяет прийти к выводу, что ни сегодня, ни в перспективе подходы экономического анализа права не могут рассматриваться в качестве альтернативы и направляющей силы правового регулирования, как и новеллизационного метода цивилистических исследований, что совсем не нивелирует ценности комплексных доктринальных исследований и значимости инструментов оценки регулирующего воздействия законодательства на экономику.

³³ В связи с этим нельзя согласиться с категоричными выводами, полагающими возможным «обосновывать необходимость познания правовых феноменов, исходя из экономических детерминант» (см.: Тимофеев Е.А. «Law and Economics»: учение о праве и государстве в США в XX веке: дис... к.ю.н. Новгород, 2016. С. 12). Иногда без всяких на то оснований утверждается, что экономист (в отличие от юриста) мыслит категориями будущего (см.: Шмаков А.В. Экономический анализ права. Новосибирск, 2005. С. 13), а экономический анализ права занял едва ли не ведущее место в государственном строительстве (см.: Авдийский А.В. Экономический анализ права // Вестник финансового университета. 2012. № 2. С. 103).



Библиография

- Барков А.В. О некоторых актуальных направлениях цивилистических исследований с учетом социализации экономики и права / Методологические проблемы цивилистических исследований: сборник статей. М.: Статут, 2016. С. 7–13.
- Гаджиев Г.А. Е.В. Васильковский и современная цивилистическая методология // Журнал российского права. 2016. № 8. С. 59–63.
- Глушецкий А.А. Уставный капитал: стереотипы и их преодоление. Экономический анализ норм корпоративного права. М.: Статут, 2017. С. 4, 19.
- Курбанов А.Я. Защита прав и законных интересов в условиях «модернизации» правовой системы России. М., 2013 // СПС «Гарант».
- Сарбаш С.В. Элементарная догматика обязательств. М.: Статут, 2017. С. 9.
- Степанов Д.И. Спрос на право и диспозитивность регулирования: экономический анализ права // Вестник экономического правосудия. 2016. № 6. С. 65–124.
- Тимофеев Е.А. «Law and Economics»: учение о праве и государстве в США в XX веке: дис... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2016. 181 с.
- Esser J., Schmidt E. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. Heidelberg, 1989. S. 33–37.
- Hager G. Rechtsmethoden in Europa. Tübingen, 2009. S. 60–76.
- Historisch-kritischer Kommentar zum BGB / herausg. M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann. Tübingen, 2003. Bd. 1. Allgemeiner Teil. S. 997.
- Kozioł H., Welser R. Grundriss des Bürgerlichen Rechts. Wien, 1996. Bd. 1. S. 21–22.
- Larenz K., Wolf M. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. München, 2004. S. 79–80.
- Privatrechtstheorie / herausg. S. Grudmann, H-W. Micklitz, M. Renner. Tübingen, 2015. Bd. 1. S. 167–194.
- Tretyakov S.V. Between Efficiency and Effectiveness // Rechtstheorie. 2015. No. 46. S. 347–366.
- Tretyakov S.V. Economic Efficiency as a Model of the Social Context of the Conceptualization of the Law // Working papers of research program. Moscow, 2013. P. 1–9.

Economic Analysis and Its Place within the Methodology of Civil Law



Sergey A. Synitsyn

Senior Fellow, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: SynSS@mail.ru, civil@izak.ru



Abstract

Slow development of legal regulation, compared to the social and economic development rate, has been a factor having determined the emergence and spread of a new area in the research of legal institutions in terms of the economic aspect of law, which differs by radical approaches and nihilist attitude towards legal methodology of research accumulated for the centuries by scientific theories of different legal systems. The economic analysis of law comprehends mostly legal institutions as “economic rubbish” or technical instrument the efficiency and utility of which may be tested only by economic categories. However, no answers are provided on the causes of which only economy not law should be considered as a global system of evaluation of all social phenomena (a measure). The issue requires sorting out if the economic analysis of law is a new research method or only ideology which will promote to show wishful results. The economic analysis has been developing in Anglo-Saxon law. Now, it is actively developing in lobbyism in continental European law via authoritative international financial organizations. Its influence was found in the reform of German law of obligations of 2002. In dispute resolution, courts rely not only on the current legislation but the approaches to the economic

analysis of law. The challenges of our time require studying and assessing the efficiency of approaches of the economic analysis of law and their influence on the legal system and doctrine as well as the risks associated with the ultimate reliance on economic analysis for legal regulation and academic research. Any negation of the method of evaluation and regulation requires scrutiny in to the area of activity. No grounds are found to consider the approaches of economic analysis of law a substitute for the methodology of civil research or a vector in legislative process. However, this is not an obstacle to apply its tools in assessing the regulating influence of normative legal acts.



Keywords

economic analysis of law, methodology, civilian studies, interpretation of law, economy and law, efficiency of law, aims and methods of law, legislative process.

Citation: Synitsyn S.A. (2017) *Economic Analysis and Its Place within the Methodology of Civil Law. Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 4–17 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.4.17



References

Braginskiy M.I., Vitryanskiy V.V. (2000) *Dogovornoe pravo* [Contract Law]. Moscow: Statut, 565 p. (in Russian)

Esser J., Schmidt E. (1989) *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*. Heidelberg: C.F. Mueller Juristischer Verlag. S. 33–37.

Glushetskiy A.A. (2017) *Ustavnyy kapital: stereotipy i ikh preodolenie. Ekonomicheskyy analiz norm korporativnogo prava* [Charter Capital: Stereotypes and How to Overcome It]. Moscow: Statut, pp. 4, 19 (in Russian)

Grudmann S., Micklitz H-W., Renner M. (2015) *Privatrechtstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck. Bd. 1. S.167–194.

Hager G. (2009) *Rechtmethoden in Europa*. Tübingen: Mohr Siebeck. S.60–76.

Karapetov A.G. (2016) *Ekonomicheskyy analiz prava* [Economic Analysis of Law]. Moscow: Statut, 310 p. (in Russian)

Koziol H., Welser R. (2006) *Grundriss des Buergerlichen Rechts*. Wien: Manzsche Verlags. Bd. 1. S. 21–22.

May S.K. (1953) *Ocherk obshchey chasti burzhuaznogo obyazatel'stvennogo prava* [Essay on the General Part of Obligatory Law in Capitalist States]. Moscow: Vneshtorgizdat, 298 p. (in Russian)

Novitskiy I.B., Lunts L.A. (1950) *Obshchee uchenie ob obyazatel'stvakh* [General Theory of Obligations]. Moscow: Gosyurizdat, 428 p. (in Russian)

Sarbash S.V. (2017) *Elementarnaya dogmatika obyazatel'stv* [Elementary Dogmas of Obligations]. Moscow: Statut, p. 9 (in Russian)

Schmoeckel M., Rückert J., Zimmermann R. (2003) *Historisch-kritischer kommentar zum BGB*. Tübingen: Mohr Siebeck. Bd. 1. Allgemeiner Teil. S.997.

Timofeev E.A. (2016) "Law and economics": uchenie o prave i gosudarstve v SShA v XX veke (Diss. Kand. Yurid. Nauk) [Law and Economics: Theory of Law and State in the USA in the 20th Century (Candidate of Juridical Sciences Dissertation)]. Nizhniy Novgorod, 181 p.

Tikhomirov Yu.A. (2016) *Reguliruyushchee vozdeystvie: metodiki i opyt* [Regulated Influence: Methods and Experience]. Moscow: Yurisprudentsiya, 490 p. (in Russian)

Vas'kovskiy E.V. (2002) *Tsivilisticheskaya metodologiya. Uchenie o tolkovanii i primenenii grazhdanskikh zakonov* [Civil Methodology. Theory of Interpretation and Application of Civil Laws]. Moscow: Yurinfo, 365 p. (in Russian)

Zavadskiy A.V. (2008) *K ucheniyu o tolkovanii i primenenii grazhdanskikh zakonov* [Interpreting and Applying Civil Laws]. Moscow: Yurinfo, 301 p. (in Russian)