

М.В. Антонов

заведующий кафедрой
теории и истории
права и государства
юридического факультета
Санкт-Петербургского
филиала Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»,
доцент, кандидат
юридических наук

О некоторых теоретических проблемах применения экономического анализа права в России¹

В статье рассматриваются общетеоретические предпосылки применения экономического анализа права. Автор критически оценивает претензии направления «право и экономика» на объяснение плюралистической правовой действительности, указывает на исследовательские границы, в пределах которых должен оставаться экономический анализ права.

Ключевые слова: экономический анализ права, право и экономика, методологический плюрализм, нормативность, теория права, эффективность, судебское усмотрение, рыночный обмен, правовой реализм.

Идеи применения экономических категорий и методов к изучению права, известные под собирательными терминами «экономический анализ права» и «право и экономика»², стали одним из популярных направлений в современной юриспруденции. Впрочем, новым данное направление можно называть лишь условно. Эти идеи имеют очень длинную историю, которую можно возводить к рассуждениям античных философов: какими законами можно улучшить быт и благосостояние населения; каких крайностей законодателю следует избегать в правовом регулировании, чтобы не подорвать интерес людей к экономическому развитию. К этому направлению мысли можно, например, отнести полемику Аристотеля против идей своего учителя Платона об общности имущества и семей либо филигранные формулировки римских юристов, выводящих правила человеческого поведения. Такие формулировки принимались как нормативное руководство к действию скорее в силу убедительности аргументов, обращенных к разуму и экономическому интересу людей, чем из опасения государственно-организованных санкций.

Достаточно долго данное направление правовой мысли оставалось на уровне общих рассуждений «о духе законов», которые вполне вписывались в рамки философии права. Эти рассуждения были привычным местом в философско-правовой литературе; трудно было найти мыслителя, рассуждающего о праве и его сущности

¹ Исследование осуществлено в рамках программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ в 2011 г.

² В настоящей статье мы рассматриваем эти термины как синонимичные и равно отображающие методологическую сущность разбираемого подхода.

в отрыве от экономических условий существования человека³. Это вполне объяснимо, поскольку право устанавливает границы и гарантии человеческой свободы, без которой по определению немислим никакой экономической обмен⁴. Такой очевидности нет в вопросе о теоретической основе экономического анализа права, о критериях его научности и истинности выводов. Данный вопрос в этом направлении всегда подспудно присутствовал, но, как правило, оставался без ответа⁵.

Если юрист прочитает одно из современных экономико-правовых сочинений, наподобие магистрального труда Ричарда Познера «Экономический анализ права», то у него, скорее всего, останется неоднозначное впечатление от изложенных в этой книге идей, некое непонимание и разочарование от несоответствия первоначальных ожиданий содержанию. Приступая к чтению объемной книги со столь многообещающим названием, читателю хочется верить, что после прочтения у него появится понимание параметров взаимного влияния права и экономики, их реального совместного действия в общественной жизни. Эта надежда держится на протяжении двух первых глав, а потом постепенно улетучивается в чехарде *storytelling* — примеров рациональной стратегии рачительных фермеров, бессовестных монополистов, соотношения посевов и поголовья свиней, прочих наглядных примеров, снабженных детальными расчетами денежных издержек.

В последующих главах читатель сможет узнать, почему изголодавшиеся жертвы кораблекрушения съедят самого слабого в лодке или согласно каким экономическим калькуляциям уверенный в своей безнаказанности гангстер в темном переулке перережет горло своей незащитной жертве из-за кошелька с несколькими долларами⁶. Все это может быть интересным, поучительным, практически полезным, даже иногда забавным, но в прочитанной книге не найти каких-либо методологических или теоретических оснований, чтобы считать эти рекомендации научными. В целом возникает сомнение в самой возможности отыскать теоретический фундамент для всей этой прагматической наукообразности.

Как правило, в сочинениях авторов данного направления такое теоретическое обоснование если и присутствовало, то обычно в виде имплицитной отсылки к

³ В этом смысле характерна идея внутренней моральности права по Лону Фуллеру, которая означает инициативу подчинения человеческого поведения власти норм. У Фуллера идея естественного права в его процедурном аспекте подразумевает создание таких правил поведения, которые позволят свободный рациональный выбор, где все резоны и выгоды будущего поведения просчитаны и скалькулированы с точностью бухгалтерского баланса. См.: *Фуллер Л.* Мораль права. М., 2007. С. 183–222.

⁴ В связи с этим Е.Б. Пашуканис не без основания замечал, что «развитие права как системы было вызвано не потребностями господства, а потребностью торгового оборота», а само право он рассматривал как общение автономных субъектов, связанных между собой отношениями эквивалентного обмена. См.: *Пашуканис Е.Б.* Избранные произведения по общей теории права и государства. М., 1980. С. 111. Вообще во взглядах этого советского мыслителя, незаслуженно забытого в современной российской правовой теории, — множество интересных аспектов видения связи права и экономики, которые кажутся проницательнее и глубже некоторых более поздних североамериканских сочинений по этому предмету.

⁵ См.: *Rowley C.K.* An Intellectual History of Law and Economics: 1739–2003 // Ed. by F. Parisi, C.K. Rowley. The Origins of Law and Economics. Cheltenham, 2005. P. 3ff.; *Medema S.G., Mercurio N.* Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond. Princeton, 2006.

⁶ Впрочем, Р. Познер имел здесь замечательного интеллектуального предшественника в лице Раскольникова, чьи рассуждения по части расчета экономических выгод для общества из планируемого преступления великолепно описаны Ф.М. Достоевским в «Преступлении и наказании».

идеям правового реализма. В контексте этого направления экономической анализ зачастую предполагается как самоочевидная прагматическая потребность для оценки эффективности правовых установлений или нахождения аргументативных приемов обоснования судебных решений. С существованием данной потребности в прошлом и настоящем трудно спорить, но вопрос состоит не в обсуждении этого самоочевидного положения, а в том, насколько научными можно признать результаты экономического исследования правовых институтов, на какие методологические основания (кроме реализма, плохо стыкующегося с континентальным правом⁷) можно опереться при решении данного вопроса.

В чем же может заключаться специфика экономического мышления в правоповедении? Один из ведущих отечественных специалистов в этой области, М.И. Одинцова, так описывает ход мысли рассуждающего о праве экономиста: «Экономист сравнивает два альтернативных правовых решения с точки зрения соотношения их выгод и издержек... Наибольший вес получает та правовая норма, которая эффективна или для которой соотношение издержек и выгод складывается в пользу последних»⁸. Допустим, что подобное взвешивание норм будет осуществлять каждый судья в своей совещательной комнате перед вынесением решения. Какова эвристическая ценность этой экономической оценки норм и что означает наибольший вес экономически более выгодной правовой нормы?

Очевидно, что с формально-правовой точки зрения этим взвешиванием не отменяется обязанность судьи применить к делу ту норму, которая должна быть применена в силу предписаний действующих юридических правил⁹, и не изменяется обязанность дать такую общезначимую юридическую квалификацию обстоятельств дела, которая была бы деонтическим суждением о должном, а не прагматическим суждением о сущем.

Возможно, судья сможет найти в экономическом анализе критерии, нужные ему для восполнения пробелов существующего правового регулирования, например, сможет наполнить экономическим смыслом категорию малозначительности по административным правонарушениям в сфере экономики (ст. 2.9 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях). Применение данной нормы пока представляет собой непреодолимую трудность для ориентированной на строго формальное применение права системы арбитражного судопроизводства¹⁰. В этом аспекте экономический анализ права, действительно, может сослужить неплохую службу. Но здесь мы должны аккуратно проводить границу

⁷ См.: Антонов М.В. Скандинавская школа правового реализма // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 645 и далее.

⁸ Одинцова М.И. Экономические доводы в конституционном суде: возможности и границы их применения // Очерки конституционной экономики. 23 октября 2009 года / Под ред. Г.А. Гаджиева. М., 2009. С. 224.

⁹ Подобная постановка вопроса об уравнивании норм права соображениями справедливости характерна для известного современного немецкого философа Роберта Алекси. См.: Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 447–456. О проблемах такого подхода см.: Антонов М.В. Спор Р. Алекси и Е.В. Булыгина о необходимости связи между правом и моралью // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2.

¹⁰ См., напр.: Подвальный И.О. К вопросам о малозначительности административных правонарушений, возникшим в практике арбитражных судов Северо-Западного округа // <http://www.kadis.ru/daily/?id=66242>.

между мотивами (экономическими, моральными и другими), которые подталкивают судью в пользу того или иного варианта решения дела, и нормами, с помощью которых судья юридически обосновывает вынесенное решение¹¹.

Если судья в континентальной правовой системе не имеет возможности выбора нормы в зависимости от субъективных соображений об экономической эффективности и моральной оправданности норм, то взвешивание двух правовых норм ему ничего не даст. Даже если мы предположим существование гипотетической нормы, которая обязывает судью в случае коллизии двух равнозначных норм применять наиболее экономически выгодную, то критерием все равно останется субъективная оценка, которую судья с той или иной долей профессиональной компетентности дает применительно к обстоятельствам дела, но не к содержанию нормы как таковой. По сути, в гипотезе входящих в данную систему права норм появилось бы дополнительное условие, вроде «если судья сочтет это экономически эффективным».

Допустим, что будут нормативно установлены все значимые критерии: выбран тот или иной вариант экономического понимания эффективности (по Парето, по Калдору-Хиксу и т.п.), масштаб измерения экономической выгоды для акторов (по Смиту, Познеру или Коузу¹²), введена обязательная экономическая экспертиза обстоятельств дела или текста закона и т.д. Допустим, что судье вышестоящего суда будет дано полномочие пересмотреть эту оценку из-за упущения неких кажущихся ему релевантными признаков выгоды, которые не учел судья нижестоящей инстанции. Очевидно, что в этом случае правоприменителю придется заниматься более детальными и глубокими экономическими расчетами, чем самому предпринимателю, экономическая деятельность которого изучается и оценивается судьей при рассмотрении дела с одновременной калькуляцией экономической выгоды и иных хозяйственных последствий от возможных вариантов судебного решения.

Если спроецировать эту гипотетическую ситуацию на судебную систему в целом, мы с трудом можем ожидать стабильности правоприменения, единообразной судебной практики (если только она не будет навязана сверху путем руководящих разъяснений) применительно к решению вопроса об экономической эффективности коллидирующих норм по той простой причине, что в данном аспекте нет и не может быть объективных критериев для субъективной оценки¹³. Да и сложно представить себе последствия такого судебского усмотрения в плане стабильности правового регулирования. Здесь мы не будем рассуждать о конвергенции правовых систем, о попытках изменения базовых механизмов судопроизводства континентального права путем введения элементов прецедентной системы¹⁴. Считая

¹¹ Для этой проблематики характерен спор между сторонниками позитивистского и аргументативного подходов к праву. См.: Антонов М.В. Эксклюзивный позитивизм и аргументативная теория права: к полемике между Е.В. Булыгиным и М. Атиензой // Правоведение. 2010. № 1. С. 226–237.

¹² См.: *Hirshleifer J.* Evolutionary models in economics and law: cooperation versus conflict strategies // *Research in Law and Economics*. 1982. № 4. P. 1–60.

¹³ Эта проблема была центральной в том числе и для правового реализма. См., напр.: Росс А. Валидность и конфликт между правовым позитивизмом и естественным правом // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2; Оливекрона К. Право как факт // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1; Антонов М.В. Альф Росс о проблеме действительности (валидности) права // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2.

¹⁴ О проблемах заимствования правовых институтов в ракурсе экономического подхода см.: Антонов М.В. Экономический анализ права и проблемы методологии сравнительного право-

подобные попытки бесперспективными, мы гипотетически можем допустить их реализацию.

Допустим далее, что так или иначе судебная практика найдет способы преодолеть означенные затруднения и сформирует относительно единый подход к оценке экономической эффективности. Возможно, в судебной практике появится руководящий прецедент (*ruling precedent*), согласно которому судья должен будет разрешать дело согласно указанному экспертом в заключении параметру экономической полезности по данному делу (например, в пользу стороны, которая сможет извлечь большую экономическую выгоду из спорной вещи и т.п.). Можно даже предположить, что сбудется мечта Познера объяснять право как систему, «предназначенную для максимизации благосостояния общества»¹⁵, а судейское или экспертное сообщество установит общезначимые нормативы экономической оценки этого благосостояния, включая критерии обоснованности самих экспертных заключений в случае их противоречия друг другу. К чему это приведет? Фактически будут созданы новые нормы, обладающие общезначимостью, общеобязательностью и иными нормативными признаками. Эти нормы будут существовать наряду с нормами права (в том значении этого термина, который в него сейчас вкладывают континентальные юристы), образуя две параллельные системы (наподобие *common law* и *equity law*), что в принципе несовместимо с основами правового регулирования в странах романо-германского права. К обсуждению этого момента мы вернемся чуть позже, а сейчас попытаемся изучить возникающие в данном плане трудности другого, уже мировоззренческого плана.

На процесс принятия решений правовыми агентами влияют далеко не только соображения экономической эффективности (хотя и они также), а для модели рационального поведения экономического агента редко можно найти конкретные примеры в юридической практике, где гораздо более значимую роль играют соображения нормативного плана (долженствования, ценностей), эмоций, культуры, социальных ролей, поведенческих стереотипов. Р. Познер исходит из того, что люди всегда проявляют рациональность и максимизируют свою выгоду от того или иного решения, учитывая связанные с таким выбором издержки. А нормы права устанавливают своего рода экономические расценки того или иного решения для человека, которые он будет принимать во внимание при выборе. Но можно ли, например, определить с помощью этих расценок границы владельческой защиты? Либо обосновать легальность приобретения титула владения в зависимости от достаточности тех соображений экономической эффективности, которыми руководствовался владелец при получении имущества, скажем, введя правило, согласно которому виндикационный иск собственника к добросовестному владельцу отклоняется или удовлетворяется в зависимости от рекомендаций экономической экспертизы?

В этих и иных схожих ситуациях существующие границы нормативного регулирования гражданско-правовых отношений будут в значительной степени, если не полностью, размыты подобным субъективизмом как со стороны правопримените-

ведения // Сравнительно-правовой подход при анализе источников права: Труды Лаборатории сравнительно-правовых исследований / Под ред. Т.А. Алексеевой, М.В. Антонова. СПб., 2010. С. 7–30.

¹⁵ Познер Р. Экономический анализ права. СПб., 2004. С. 33.

лей, так и со стороны субъектов правоотношений. Вопрос здесь приобретает статус уже не экономической, а этической, общесоциальной проблемы.

Если судить о поступках и действиях людей по степени экономической рациональности сделанного ими выбора, то логика такого экономического анализа права в своем крайнем выражении будет напоминать рассуждения софиста Карнеида, который убеждал, что люди, подобно всем животным, руководствуются исключительно соображениями своей выгоды и что тот, кто стремится к справедливости вопреки выгоде, есть величайший безумец, поскольку поступает против своей природы. Чем, по сути, от этой позиции отличаются рассуждения Познера и его сторонников об экономической эффективности как «критерии справедливости»¹⁶? Автор экономико-правового трактата не стесняется заявить, что «в мире ограниченных ресурсов их расточение должно рассматриваться как безнравственное явление»¹⁷.

Возможно, бескорыстные дружба или любовь, самопожертвование и иные «безнравственные явления» не получают санкцию разумности с точки зрения приобретения налоговых льгот и вычетов, но можно ли из-за этого в праве на место традиционной этики ставить этику экономической выгоды даже в такой прагматичной сфере правовой жизни, как судопроизводство? Да и смогут ли все судьи последовать этой новой этике? Все же кажется, что юристы (хотя бы формально и хотя бы в части членов юридического сообщества) имеют дело с иной справедливостью, чем подсчет экономических выгод, следующих из судебного решения¹⁸. В этом отношении Г.А. Гаджиев совершенно правильно замечает, что подключать экономистов к разрешению юридических дел возможно только при условии, что «будет решен важный методологический вопрос о допустимости при разрешении конфликтов между равноценными правовыми принципами... опираться и на экономические резоны»¹⁹. Но как этот методологический вопрос решить? Попробуем обратиться к истокам права и экономики.

¹⁶ Отечественный экономист В.Л. Тамбовцев (которому мы, впрочем, обязаны толковым и связным переводом объемного сочинения Р. Познера) находит, что интерес государства и общества в справедливой и эффективной судебной системе зависит не от чего иного, как от соображений экономического роста, увеличения налоговых поступлений в казну и последующего роста доходов государства как особого рода предприятия». См.: *Тамбовцев В.Л. Экономическое значение разделения властей // Очерки конституционной экономики. 23 октября 2009 года / Под ред. Г.А. Гаджиева. М., 2009. С. 205.* Возможно, некая экономическая логика в таком рассуждении есть, но она очевидным образом противоречит логике юридической, которая заложена в нормативно-правовое обоснование судебной власти. К тому же все это вряд ли принимается в расчет государственными чиновниками, интерес которых, как правило, ограничен ближайшим отрезком времени, в течение которого они будут занимать властные позиции. А ставить в зависимость от собираемости налогов оценку справедливости решений судов, которые рассматривают споры между государством и налогоплательщиками, по меньшей мере странно.

¹⁷ *Познер Р. Указ. соч. С. 37.*

¹⁸ См.: *Veljanovski C. Wealth Maximization, Law and Ethics — On the Limits of Economic Efficiency // International Review of Law and Economics. 1981. № 1. P. 5–28. Стр.: Дедов Д.И. Общее благо как система критериев правомерного регулирования экономики. М., 2003. Применительно к трудностям экономического анализа права в плане увязывания его посылок с общими принципами права и этическими нормами см.: Дедов Д.И. Взаимосвязь экономических и юридических методов оценки правовых норм // Очерки конституционной экономики. 23 октября 2009 года / Под ред. Г.А. Гаджиева. М., 2009. С. 190–191.*

¹⁹ *Гаджиев Г.А. Предмет конституционной экономики // Очерки конституционной экономики. 23 октября 2009 года / Под ред. Г.А. Гаджиева. М., 2009. С. 88.*

Как самостоятельное научное направление экономической анализ права сформировался во второй половине XX в. в США под влиянием методологических идей правового реализма²⁰. Бенджамин Кардозо, Оливер Холмс, Карл Ллевеллин и другие сторонники реализма выступали за четкое отделение права как процесса фактического социального контроля поведения людей от тех идеологических и нормативных конструкций, которые используются для обоснования этого контроля. Реальное право создается в индивидуальных судебных решениях²¹, а нормы, принципы, законодательные установления — это лишь предсказание того, что фактически будут делать судьи²². Эти взгляды основывались на разделении «бумажных норм» и «реального права» (К.Н. Ллевеллин), фактическое содержание которого заполнялось прагматическими рассуждениями судей. Если исходить из этих теоретических конструкций, замысел экономического анализа как предсказания будущих судебных решений на основе принципов рационально-экономического мышления (минимизации затрат, наибольшей эффективности и т.п.) выглядел весьма убедительно.

Поэтому первоначально данное направление воодушевило немалое количество исследователей, которые пытались применить экономические модели и категории к анализу антимонопольного, налогового, корпоративного права и иных тесно связанных с хозяйственной деятельностью сфер правовой действительности²³, точнее, для реконструкции матриц экономической стратегии при анализе юридически значимых ситуаций в этих сферах. Речь шла не о нормах права в строго формальном смысле, а о первичных нормативных фактах (в терминологии Георгия Гурвича или Ойгена Эрлиха), о «праве в действии», выступавшем в качестве предмета исследований тех экономических влияний, которые испытывает юридическая и, в частности, правоприменительная практика.

Именно в этом аспекте Гэри Беккер, Рональд Коуз, Гвидо Калабреззи и другие основатели экономического анализа предлагали изучать процессы принятия юридических решений экономическими агентами, факторы, мотивы и цели, влияющие на рациональный выбор таких агентов, соображения об экономической эффективности решений правоприменителей²⁴. Все это, очевидно, было продуктивным полем не только для практических выводов и рекомендаций, но и для некоторых научных обобщений, основанных на философских посылах правового реализма. Со временем эти рекомендации и обобщения обретали «научный вес» в ракурсе типичного для американских социальных наук научного прагматизма и становились руководством к действию для юристов, законодателей, судей, которые стали

²⁰ См.: *Llewellyn K.N.* The Effect of Legal Institutions upon Economics // *American Economic Review*. 1925. № 4; *Leff A.A.* Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism // *Virginia Law Review*. 1974. № 3.

²¹ См.: *Козлихин И.Ю., Поляков А.В., Тимошина Е.В.* История политических и правовых учений. СПб., 2007. С. 425 и далее.

²² См.: *Holmes O.W.* The Path of the Law // *Harvard Law Review*. 1897. № 8. P. 457–478.

²³ См.: *Познер Р.* Указ. соч. С. 30 и далее.

²⁴ См.: *Coase R.* The Problem of Social Cost // *Journal of Law and Economics*. 1960. № 3; *Becker G.* Crime and Punishment: An Economic Approach // *Journal of Political Economy*. 1968. № 76; *Buchanan J.* Cost and Choice. Chicago, 1969; *Calabresi G.* The Cost of Accident. Yale, 1970; *Posner R.* Economic Analysis of Law. N.Y., 1973.

все шире использовать экономико-правовую риторику при обосновании принимаемых решений.

Под этими рассуждениями было и другое, уже юридическое основание. Один из основных тезисов американского правового реализма заключается в рассмотрении права как того, что о праве говорят судьи. А доктрина общего права исходит из того, что судья не творит, а находит право. Причем такое нахождение права не ограничено логическими рамками аналогии, а может опираться на фактические социальные процессы, из которых судья может вывести определенные правовые принципы²⁵. Поэтому экономические отношения без ущерба для правовой доктрины способны рассматриваться как одна из таких областей, из которой судьи вправе брать рациональные модели поведения, абстрагируя их до уровня принципов (*black letter law*).

В то же самое время все более широкое употребление экономических аргументов судьями (к числу которых, кстати, относится Р. Познер и многие другие ведущие представители направления «право и экономика») приводило к тому, что применение этой аргументации в судебных решениях и создание прецедентов на основе моделей экономического поведения стало восприниматься как отдельный предмет для научного анализа права. По мере накопления массива знаний создание новой научной дисциплины для обобщения этих знаний становилось все более заманчивым. Экономические понятия стали теми категориями, с помощью которых о праве стали говорить и думать судьи, склонные к оценке своих решений с точки зрения экономической рациональности, а экономические рассуждения судей о праве стали описывать специализирующиеся в этом направлении исследователи.

Вместе с тем, под правом в данном аспекте имелось в виду преимущественно судебное право, поскольку заложенные в законодательстве формальные нормы поведения оставляли меньше простора для заполнения их иным реальным содержанием, чем то, которое имел в виду законодатель. Анализ законодательства с точки зрения его соответствия экономическим ожиданиям общества до 80-х годов оставался в области политической экономии и не привлекал внимания сторонников права и экономики, пока не появилось направление «конституционная экономика»²⁶.

За институционализацией экономического анализа права как самостоятельно направления научных исследований (и даже как научной дисциплины²⁷) стояло достаточно очевидное наблюдение: в силу экономических факторов любое нововведение с высоким уровнем издержек рано или поздно обнаруживает свою неэффективность. Если законодатель не принимает в расчет неэффективность нормы, общество перестает применять этот неэффективный институт, который малопомалу становится «мертвой буквой» закона, либо (что случается чаще) практика

²⁵ См.: Богдановская И.Ю. Эволюция судебного прецедента в «общем праве» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 2. С. 75–87.

²⁶ Исследование этого направления не является предметом настоящей статьи. См. на русском языке, напр.: Бьюкенен Дж. Конституция экономической политики // Вопросы экономики. 1994. № 6; Баренбойм П.Д., Гаджиев Г.А. и др. Конституционная экономика. М., 2006.

²⁷ См.: Kitch E.W. The Intellectual Foundations of Law and Economics // Journal of Legal Education. 1984. № 33. P. 184–196.

меняет сущность таких институтов, наполняя их новым содержанием²⁸. Впрочем, рассуждения о роли экономических институтов в формировании правовых институтов отнюдь не были новинкой в истории философии права²⁹, а акцент на роли экономических факторов был сделан задолго до выхода в свет первых работ сторонников экономического анализа права. В связи с этим можно вспомнить многочисленных мыслителей XVIII–XIX вв. от Адама Смита, Давида Юма, Иеремии Бентама до Карла Маркса и Пьера-Жозефа Прудона. В целом ход мысли, связанный с оценкой правовых институтов с точки зрения их социальной эффективности, хорошо известен еще со второй половины XIX в., когда были сформированы принципы социологического подхода к праву.

Но сущность вопроса состояла теперь не в утверждении самоочевидной зависимости права от общественной структуры и от социальных факторов, в частности от экономического. Как и любой иной претендующий на оригинальность подход, который поначалу выдвигает оригинальные, но малоосновательные в своей крайности тезисы с тем, чтобы привлечь к себе внимание и показать свое отличие от других, смежных направлений, движение «право и экономика» выдвинуло радикальное положение о возможности исследования права через призму только одной экономической категории. В качестве такой категории называлась эффективность как критерий социального выбора между несколькими альтернативами поведения³⁰.

Экстраполяция этого критерия в область судопроизводства и использование его в качестве нормативной модели поведения экономических агентов изначально не казались сторонникам экономического анализа права трудной теоретической задачей. Если под полезностью (эффективностью) понимать минимальное количество издержек³¹, то критерием оценки того или иного правового установления в ракурсе экономического анализа может служить расчет потерь времени, денег, трудозатрат и иных ресурсов. Вопрос тогда состоит только в том, что понимать под

²⁸ См. описание многочисленных случаев таких трансформаций: Эрлих О. Судейское нахождение права на основании правового предложения // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2. См. также: Антонов М.В. Интеграция знания о праве и обществе в творчестве Ойгена Эрлиха // Государство и право. 2011. № 1. С. 79–87. Типичным примером нашего времени является институт доверительного управления, заимствованный из английского законодательства составителями Гражданского кодекса Российской Федерации. Частично сами законодатели, а преимущественно юридическая практика полностью поменяли содержание этого института, сходство которого со своим английским предшественником прослеживается теперь лишь в названии.

²⁹ Превосходный детальный обзор этого направления философско-правовой мысли дан Г.Д. Гурвичем: *Gurwitch G. L'id e du droit social. Paris, 1932* (см. перевод первой части этой работы, где мыслитель указывает на методологические основания своего исследования: Гурвич Г.Д. Идея социального права // Гурвич Г.Д. Избранные сочинения по философии и социологии права. СПб., 2004. С. 41–153; см. также: Антонов М.В. Социолого-правовая концепция Г.Д. Гурвича. Сарбрюккен, 2011).

³⁰ См.: Zerbe R. Economic efficiency in law and economics. Elgar, 2001; Шеффер Г.Б. Эффективность как правовая норма // Истоки. Экономика в контексте истории и культуры. М., 2004. С. 393–419.

³¹ Объем настоящей статьи не позволяет рассматривать различные направления экономического анализа права (институциональная, чикагская, австрийская школа и др.) и особенности трактовки права в каждом из них. Полагаем, что для изучения методологических оснований экономического анализа права мы можем оставить в стороне различие между этими школами, поскольку в своих базовых посылах о связи экономики и права они исходят из аналогичных теоретических конструкций. См.: Коуз Р. Проблема социальных издержек // Коуз Р. Фирма, рынок, право. М., 1993. С. 87–141.

издержками (потерями) и насколько можно расширять данное понятие по сравнению с узкоэкономическим значением этой категории. Не случайно именно вокруг данного вопроса в 80-е годы велись многочисленные теоретические споры³².

Результаты этой дискуссии во многом показательны в плане несоразмерности первоначально выдвинутого тезиса об издержках как базовой категории экономического анализа права. В дебатах экономисты были вынуждены все более расширять понятие издержек, включая в него разного рода транзакционные потери в рамках межличностных и межгрупповых связей, которые к экономике имели более чем опосредованное отношение (открытость каналов коммуникации, уровень доверия к властям и институтам, чувство социальной справедливости, политическая стабильность и т.п.)³³. А «вторая волна» права и экономики³⁴, которая исходила из «замещения узкой утилитаристской модели *homo economicus* более широкой интерпретацией, основанной на междисциплинарном подходе, и обращения экономической теории к социальным проблемам с целью использовать ее как инструмент реформ»³⁵, в своих выводах уже мало напоминала собственно экономическую теорию.

Заявленная программа исследований позволила праву и экономике дистанцироваться от обычного политэкономического анализа. Вместе с тем, нельзя было не замечать преувеличенности названного исходного тезиса и ограниченности методов экономического анализа, который изначально был предназначен для изучения лишь одной из сторон правовой действительности. История политико-правовой мысли уже имела немало примеров подобных метатеорий, где один из социальных факторов полагался способным объяснить всю окружающую действительность, — метатеорий, успешных в части своих выводов, но бесполезных (если не сказать — вредных) в своих попытках создать новый мировоззренческий горизонт. В этом списке однофакторных концепций на память, в первую очередь, приходит марксистская теория, где производственные отношения были основой объяснения всего социального бытия, включая и сферу права.

Хотя и под другими, диаметрально противоположными идеологическими лозунгами сторонники экономического анализа права пользовались тем же самым методологическим приемом, что и марксисты — редукция плюралистической правовой действительности к одному из ее моментов, к экономическому фактору. Претензии к комплексному анализу правовых систем с точки зрения их сравнительной экономической эффективности³⁶ выходили за рамки своего предмета и приводили

³² См.: *Margolis S.* Two definitions of efficiency in law and economics // *Journal of legal studies*. 1987. № 16. P. 471–482. См. также известную дискуссию 1980 г. между Рональдом Дворкиным и сторонниками экономического анализа о применении принципа эффективности в праве: *Calabresi G.* An exchange about law and economics: a letter to Ronald Dworkin // *Ibid.* P. 553–562; *Dworkin R.* Why efficiency? // *Hofstra Law Review*. 1980. Vol. 8. P. 563–569; *Rizzo M.* The mirage of efficiency // *Ibid.* P. 641–652.

³³ Такой анализ, несомненно, полезен, но вестись он должен с социолого-правовых или философско-правовых позиций. См.: *Ван Хук М.* Право как коммуникация // *Российский ежегодник теории права*. 2008. № 1. С. 376–432; *Поляков А.В.* Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. СПб., 2004.

³⁴ См.: *The Second Wave of Law and Economics* / Ed. by M. Richardson, G. Hadfield. Annandale, 1999.

³⁵ История экономических учений / Под ред. В.С. Автономова. М., 2003. С. 313 и далее.

³⁶ См., напр: *Dam K.W.* *The Law-Growth Nexus: the Rule of Law and Economic Development*. Brookings, 2000.

к смешению разных подходов в одно синкретическое целое³⁷, где один из факторов получал явно преувеличенное значение. Такое смешение могло быть прагматически полезно в целях судебной и иной риторики, где упрощение сложных явлений оправдано ввиду самого контекста и методики дискурса, но экономико-правовая риторика бесполезна в теоретических целях.

В качестве примера недопустимости однофакторного подхода можно привести договорное право, где легче всего смоделировать правовые нормы, построенные на принципах экономической эффективности и рыночного обмена³⁸. Действительно, формы договорной практики частично зависят от переменных издержек медиации и судопроизводства, от действия внеправовых механизмов понуждения к исполнению, в свою очередь влияя на принимаемые правовыми акторами решения³⁹. В определенных ситуациях, например, оправданным оказывается неисполнение договора, которое формально не запрещено действующим законодательством и, с точки зрения классической чикагской школы, экономически выгодно не только нарушителю, но и обществу, заинтересованному, чтобы социальные издержки не расходовались на исполнение неэффективных и невыгодных договоров. Типичный пример — вывод активов из компании-должника и последующее реоформление этой компании на подставных лиц с целью ухода от долгов.

В таких случаях, не считающихся противоправными по российскому коммерческому праву⁴⁰ и экономически оправданных с точки зрения издержек и выгоды, единственной возможностью понуждения к исполнению договорных обязательств остается общественное давление в виде осуждения поведения недобросовестного контрагента и тем самым сужения для него возможностей вступления в новые сделки (даже если действующие нормы официального права и не предусматривают такой возможности). Значит, суть проблемы не в самих текстах, а в том значении, которым они наполняются на практике, в сложившихся стереотипах экономического поведения, силе общественного давления на нарушителя, взаимодействии права с другими механизмами социального контроля, открытости и оперативности передачи информации и других факторах. Но трактовать эту ситуацию исключительно в терминах экономического анализа права недопустимо.

Правомерное поведение правовых акторов в этой и схожих ситуациях редко можно объяснять исключительно экономическими соображениями. Небезосновательно отмечаемая многими экономистами склонность к минимизации рисков должна была бы заставить рационально мыслящего *homo economicus* забрать «нечестный выигрыш», а не отказываться от него либо в надежде на будущие доходы от инвестиций в свое доброе имя, либо вообще из этических соображений. Если он

³⁷ Примеры таких попыток в духе философии Просвещения были нередки еще недавно в советском теоретическом правоведении, где они были оправданы исходными идеологически мировоззренческими посылками. Ср.: *Мальцев Г.В.* Социальная справедливость и право. М., 1977. В современном научном дискурсе их эвристическая ценность более чем сомнительна.

³⁸ См.: *Хайек Ф.А.* Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М., 2006.

³⁹ См.: *Cheung S.N.* Transaction Costs, Risk Aversion, and the Choice of Contractual Arrangements // *Journal of Law and Economics*. 1969. № 22.

⁴⁰ Согласно которому бывший владелец уставного капитала не несет ответственности за долги компании, а ответственность за преднамеренное банкротство маловероятна в связи с труднодоказуемостью этого состава.

этого не делает по соображениям иным, чем сравнение лежащего в руках реального дохода от обмана контрагента и возможных прибылей в будущем в результате отказа от легкого обогащения в настоящем, то оценка этих иных соображений (включая опасения возмездия со стороны государства и общества, соображения о несовместимости такого варианта поведения с этическими стандартами и т.д.) лежит за пределами экономического анализа.

Конечно, макроэкономист при оценке экономической ситуации в обществе будет учитывать институциональные аспекты социальной системы, но при этом он всегда будет рисковать «профессиональной близорукостью» в оценке как социальной структуры в целом, так и важности в ней роли отдельных регуляторов. Либо, если экономист окажется одновременно хорошим философом, как в случае с Карлом Марксом, его теория с большой долей вероятности выйдет за пределы строгой экономики и станет социально-философской концепцией.

С еще большими трудностями сталкивается экономически ориентированный судья. В рамках строгого позитивизма его задача сводилась бы к установлению фактов и их правовой квалификации исходя из норм, применимых по тому или иному принятому в данной системе права алгоритму, — иерархии источников, правил заполнения пробелов или решения коллизии норм. Выходя на просторы экономических рассуждений, такой судья, прежде всего, стоит перед вопросом об их нормативной значимости: либо эти рассуждения используются в качестве дополнительных мотивов, приводимых при обосновании решения, принятого на основе правовых норм, либо они играют роль решающих нормативных аргументов, согласно которым судья выбирает норму, толкует ее, оценивает факты и выносит вердикт.

Первый случай (украшение мотивировочной части решений экономическими аргументами) — это наиболее распространенная и популярная форма экономического анализа права, но об объективности и юридической значимости такого анализа права речь, очевидно, идти не может, и поэтому мы оставим этот случай в стороне. Переходя к рассмотрению второго случая — использование экономических посылок в качестве нормативных аргументов, — мы выходим за пределы строгого позитивизма и оказываемся в области споров о социальных источниках права. А эти споры в рамках одной лишь экономической науки вести невозможно⁴¹.

Здесь перед нами стоят две альтернативы. С одной стороны, можно предположить возможность экономического анализа права в русле естественно-правового подхода, где собственность конструируется как естественная принадлежность сво-

⁴¹ Р. Познер замечает, что компетенция экономиста в обсуждении правовых вопросов ограничена, поскольку он не может ответить на такие ключевые вопросы, как справедливость, социальная или этическая желательность того или иного варианта распределения ресурсов. См.: *Познер Р.* Указ. соч. С. 17–18. Все, что остается экономисту, это «предсказывать влияние правовых норм на ценность и эффективность в строгом техническом смысле этих понятий и на существующее распределение дохода и богатства» (Там же. С. 18). Но даже это вторжение экономистов в рамки правовой и социальной теории выглядит сомнительно, поскольку в компетенцию экономиста не входят вопросы определения социальных ценностей, параметров эффективности, критериев распределения социальных благ. Это задачи социальной философии, социологии, политологии, культурологии, которые решаются в зависимости от типа общества, доминирования в нем той или иной культурной парадигмы. Очевидно, что в традиционном обществе эти параметры и ценности будут иными, чем в обществе индустриальном. Измерение этих максимальных величин человеческой культуры требует взвешивания всех сторон социального бытия, а не поверхностных суждений на основании оценки значения одного лишь экономического фактора.

бодного и рационально мыслящего субъекта, а его решения объясняются исходя из рациональной калькуляции издержек и выгод. Данный подход, который мы в изобилии встречаем на страницах сочинений сторонников экономического анализа права, все же не будет выходить за научные горизонты философии права времен Адама Смита, а методологическая ценность выводов этого направления неизменно будет ограничена узкими искусственными рамками модели *homo economicus* в классической или неоклассической экономической перспективе. Даже обогащенные неинституциональными рассуждениями об экономических и правовых институтах как согласованных результатах взаимодействия индивидов, сознательно идущих на определенные уступки друг другу ради достижения цели, эти рамки оказываются неспособными уловить социальную, коллективную природу данных институтов⁴².

С другой стороны, экономическое исследование права возможно в более широком аспекте социологического анализа, который способен указать на удельный вес экономических и иных факторов, влияющих на формирование правовых институтов. В этой перспективе экономика предстает как один из факторов социального бытия, который частично определяет поведение субъектов права, а экономические мотивы и цели дополняют спектр иных ненормативных приоритетов, которыми такой субъект руководствуется при принятии юридически значимых решений. Без такого анализа экономический анализ права рискует либо остаться на уровне риторики, не выходящей за рамки злободневных потребностей юридической практики и не доходящей до уровня научной теории⁴³, либо, наоборот, выдвинуть совершенно безосновательную претензию на роль мировоззренческой концепции, которая, впрочем, будет столь же малоосновательной в своем научном значении, как и экономическая риторика судебных решений.

Говоря об экономическом понимании права, необходимо также не упускать из виду сущность юридического регулирования, которая состоит, во-первых, в нормативности правовых предписаний и, во-вторых, в их властной императивности. Первое качество означает принципиальную независимость действительности (ва-лидности) правовой нормы от любых фактических обоснований, а второе — наличие в обществе системы авторитетных публично-властных органов, регулятивная деятельность которых формально подчинена этим объективным правовым нормам. Ничего в этом смысле не меняют доводы о том, что нормы права по определению абстрактны и заполняются реальным содержанием только на практике и что это содержание произвольно диктуется экономическими выгодами и интересами⁴⁴. Даже в этом случае не меняется нормативная сущность права, а ситуации нарушения нормы, как бы часты они ни были, на ее действительность не влияют. Наоборот, существование любой нормы имплицитно предполагает возможность ее

⁴² Ср. с попыткой Джона Роулза создать теоретическую модель рационального согласия с сочетанием элементов публичности и индивидуализма: *Роулз Дж.* Теория справедливости. Новосибирск, 1996; *Хабермас Ю.* Примирение через публичное употребление разума. Замечания о политическом либерализме Джона Роулза // *Вопросы философии.* 1994. № 10.

⁴³ См., напр.: *Крусс В.И.* Право на предпринимательскую деятельность. М., 2003.

⁴⁴ На этом делает особый акцент не так давно бывшая популярной школа критических правовых исследований. Ср. развитие этой тематики в работах одного из лидеров этого направления Роберта Унгера: *Unger R.M.* Knowledge and Politics. N.Y., 1975; *Unger R.M.* Law in Modern Society. N.Y., 1977.

нарушения — иначе это была бы не деонтическая норма, а закономерность. Хотя правовое регулирование не является абсолютно непроницаемым для влияния экономических факторов и механизмов, тем не менее, указанные формальные свойства права не позволяют свести процесс правообразования и правоприменения к игре экономических сил и работе «невидимой руки рынка», которые могут изучаться и оцениваться только по количественным показателям.

Чрезмерно оптимистичным поэтому представляется видение права как результата конкурентной борьбы, исход которой предрешается механизмами, действующими наподобие рыночного ценообразования, — механизмами уравнивания спроса и предложения⁴⁵. Такая борьба может иметь место между политическими партиями, корпоративными сообществами, группами интересов. Но распространение на такую политическую борьбу аналогий из экономической теории кажется спорным. Структурирование процесса принятия политических решений, демонаполитизация этого процесса с обеспечением общественного участия и контроля — все эти вопросы могут обсуждаться и разрешаться в перспективе минимизации переменных издержек, как экономических, так и организационных⁴⁶. Политика должна конструироваться как форма рыночного обмена благами с учетом установленных нормативных ограничений. Эффективность (социальная полезность) того или иного политического выбора оценивается через принятие гражданами существующих норм и институтов как свободных от необоснованного принуждения, снижающих уровень принудительной зависимости от других правовых акторов⁴⁷.

Но такой анализ оправдан и обоснован лишь постольку, поскольку принимает во внимание относительное, наряду с другими социальными факторами, влияние экономики на правовые процессы и на структуру правосознания в данном обществе, где экономические мотивы нередко перевешиваются соображениями этического, религиозного, политического характера. Тот «неявный экономический смысл»⁴⁸, который можно обнаружить в законодательных и судебных решениях, обычно прямо не противоречит эксплицитно заложенным в этих решениях этическим принципам.

Другим достаточно важным соображением кажется необходимость поправки на различия в нормативном контексте и в правовой культуре. Экономический анализ права создан и в настоящее время более или менее успешно развивается именно в странах общего права, где по-прежнему высока доля судейского правотворчества, а статутное право не имеет решающего значения в юридической жизни. Поэтому экономика и право как возможность обогащения судебной риторики экономическими аргументами, создания новых экономически ориентированных прецедентов имеет вполне оправданное значение в США и других странах англосаксонской

⁴⁵ См.: Нозик Р. Анархия, государство и утопия. М., 2008; Хайек Ф.А. Дорога к рабству. М., 1992; Четвернин В.А., Яковлев А.В. Институциональная теория права. М., 2009.

⁴⁶ См.: Van den Hauwe L. Public Choice, Constitutional Political Economy, and Law and Economics / Ed. by В. Bouckaert et al. Encyclopaedia of Law and Economics. Vol. 1. Cheltenham, 2000. См. также: Эггертссон Т. Экономическое поведение и институты. М., 2001.

⁴⁷ См.: Coleman J. Constitutional Contractarianism // Constitutional Political Economy. 1990. № 1; Coleman J. Natural Persons, Corporate Actors, and Constitutions // Constitutional Political Economy. 1991. № 2.

⁴⁸ Познер Р. О применении экономической теории и злоупотреблении ею при анализе права // Истоки. Экономика в контексте истории и культуры. М., 2004. С. 340.

правовой семьи. В этих странах судья обладает немалой долей дискреции при выборе прецедента для решения находящегося перед ним дела, а при известных условиях даже может преодолеть (*overrule*) правовую норму, создав и применив вместо нее другую⁴⁹.

Для стран романо-германской правовой культуры экономическое влияние на право ограничено в силу соображений суверенитета государства и верховенства официального права, а законодательная деятельность парламентов преимущественно основывается на иных принципах (социальная справедливость, общее благо и т.п.), нежели экономические⁵⁰. Для континентального юриста очевидно, что принимаемые законодателем решения не всегда имеют в своей основе соображения минимизации издержек. Более того, зачастую нормативно-правовые указания государственной власти (например, в плане социальной политики) имеют совершенно противоположные цели и результаты. В этом отношении даже такие столпы разбираемого направления, как Ричард Познер, указывают на меньшую ценность экономического анализа континентального права по сравнению с общим правом⁵¹. Оговорка, что даже области континентального права «пронизаны экономическими соображениями и объясняются методами экономического анализа»⁵², выглядит не очень убедительно на фоне дальнейших казуистических рассуждений, которые не касаются нормативных аспектов статутного права.

Подчеркнем еще раз, что нашей целью было не отрицание ценности экономического анализа права, а уяснение методологических границ его применения, условий и пределов значимости его выводов. Отрицая «империалистические» претензии этого направления на объяснение плюралистической правовой действительности, мы отнюдь не склонны отрицать относительную пользу экономических методов для юридической теории и практики. Можно согласиться с Познером, что «экономическая наука является мощным инструментом анализа широкого круга правовых вопросов»⁵³. При этом вовсе не анализ эффективности правовых норм с точки зрения минимизации издержек представляется наиболее интересным компонентом экономического анализа права. Экономическая теория изначально ориентирована видеть в государстве далеко не самого важного экономического субъекта (во всяком случае далеко не единственного). Соответственно, принимаемые государством решения воспринимаются здесь не в ракурсе императивной

⁴⁹ См.: Барак А. Судейское усмотрение. М., 1999. С. 104 и далее.

⁵⁰ Эти и иные непреодолимые трудности применения экономического анализа к континентальному праву см.: Кирхнер К. Трудности восприятия дисциплины «право и экономика» в Германии // Истоки. Экономика в контексте истории и культуры. М., 2004. Вместе с тем трудно согласиться с мнением немецкого теоретика, что экономическая теория может предложить судебной практике некие «внешние ценностные критерии» для принятия решений в случаях, когда такие критерии совместимы с внутренними ценностями правовой системы (см.: Там же. С. 383). Если для применения этих критериев следует сначала установить их «совместимость с внутренними ценностями», то это означает, что в качестве масштаба оценки будут, в конечном итоге, выступать именно эти внутренние ценности. Применение же «внешних критериев» окажется простым украшением судебных решений экономической риторикой, которое никак не влияет на их юридическое обоснование.

⁵¹ См.: Познер Р. Экономический анализ права. С. 33.

⁵² Там же.

⁵³ Там же. С. 3.

нормативности, как в юриспруденции, а с точки зрения фактического влияния, реального воздействия на экономические процессы⁵⁴. Так, через призму данного направления оказывается возможным в новой перспективе взглянуть на реальные процессы правообразования.

При этом, как и любая иная исследовательская модель, экономический анализ права не должен упускать из виду изначальной ограниченности своего горизонта, невозможности однофакторного объяснения сложнейшей правовой действительности через аналогию с рыночными отношениями. Поэтому методология экономического анализа права не может основываться исключительно или преимущественно на макроэкономических методах, что сегодня стало правилом для работ, написанных по этой теме экономистами⁵⁵.

Разумеется, право, равно как и любой другой институт социального контроля — религия, мораль, обычай и т.п., — может изучаться в ракурсе институциональной экономики. Однако выводы из такого изучения могут распространяться только на объяснение экономического, но не юридического поведения субъектов социальных коммуникаций; выведение здесь каких-либо псевдонаучных обобщений закономерностей действия права будет обречено на неудачу. Такие односторонние корреляции между экономическими процессами и правовыми нормами либо останутся на уровне софистических рассуждений о праве как о том, что выгодно сильнейшему, либо перейдут на уровень философских рассуждений о значимости социального и правового порядка для обеспечения экономического оборота⁵⁶. Тем самым направление «право и экономика» безосновательно вторгнется в сферу философии права, а попытки экономистов описать право окажутся (если использовать аллегорию одного из сторонников этого направления⁵⁷) подобны усилиям слепцов дать описание слона по тем тактильным ощущениям, которые им доступны для познания окружающего мира. Поэтому в настоящее время задачами экономического анализа права являются, в первую очередь, критический пересмотр и четкая демаркация границ этого направления, а также уяснение методологических основ проводимых исследований.

⁵⁴ Ср.: Денежкин А. «Фактичность и значимость» Ю. Хабермаса: Новые исследования по теории права и демократического правового государства // Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. Московские лекции и интервью. М., 1995; Хайек Ф.А. Индивидуализм и экономический порядок. М., 2001; Одицова М.И. Экономика права. М., 2007.

⁵⁵ См., напр.: Тамбовцев В.Л. Право и экономическая теория. М., 2005; Шмаков А.В. Экономический анализ права. М., 2011.

⁵⁶ Большинство отечественных авторов склоняются именно к этой второй опции. См., напр., работу с характерным названием: Пахомова Н., Рихтер К. Экономический анализ экологического права // Вопросы экономики. 2003. № 10.

⁵⁷ См.: Ulen T.S. Law and Economics: Settled Issues and Open Questions // Ed. by N. Mercurio. Law and Economics. Dordrecht, 1989. P. 201–232.