

Федеральное государственное автономное образовательное учреждение  
высшего образования «Национальный исследовательский  
Нижегородский государственный университет им. Н.И. Лобачевского»

*На правах рукописи*



**ТИМОФЕЕВ Евгений Александрович**

**«LAW AND ECONOMICS»:  
УЧЕНИЕ О ПРАВЕ И ГОСУДАРСТВЕ В США В XX ВЕКЕ**

Специальность: 12.00.01 – теория и история права и государства;  
история учений о праве и государстве

**ДИССЕРТАЦИЯ  
на соискание ученой степени  
кандидата юридических наук**

Научный руководитель –  
доктор юридических наук,  
профессор  
*Романовская Вера Борисовна*

**Нижний Новгород – 2016**

## Оглавление

<b>Введение.....</b>	<b>3</b>
<b>Глава 1. Генезис учения «Law and Economics».....</b>	<b>18</b>
§ 1. Периодизация развития и исходные идеи учения «Law and Economics»...	18
§ 2. Классический этап развития учения «Law and Economics».....	44
2.1. Первая волна интереса: «старый» экономический анализ.....	45
2.2. «Новый» экономический анализ.....	49
2.3. Синтез Р. Познера – Чикагская ортодоксия.....	62
2.4. Чикагская школа: pro et contra.....	68
§ 3. Современный этап развития учения «Law and Economics».....	77
3.1. Австрийская школа.....	78
3.2. Текущее состояние и постнеклассические тенденции развития учения «Law and Economics».....	85
<b>Глава 2. Роль экономического анализа права в юриспруденции.....</b>	<b>98</b>
§ 4. Русскоязычная терминология «Law and Economics» в условиях экспансии экономики в научном познании.....	100
§ 5. Экономический анализ права в системе междисциплинарных исследований.....	113
§ 6. Классификация направлений экономического анализа права.....	121
§ 7. Преимущества и ограничения экономического анализа права как направления исследования проблем права и государства.....	136
§ 8. Применение экономического анализа права в условиях российской правовой системы.....	143
<b>Заключение.....</b>	<b>158</b>
<b>Библиография.....</b>	<b>161</b>
<b>Приложение.....</b>	<b>180</b>

## Введение

**Актуальность темы диссертационного исследования.** Одним из наиболее ярких и успешных феноменов в сфере социальных наук XX века стало зародившееся в Чикагском университете (США) политико-правовое учение «Law and Economics», основоположником которого по праву считается Р. Познер (впоследствии ставший судьей седьмого окружного апелляционного суда в Чикаго). Ученые, внесшие существенный вклад в развитие экономического анализа права, неоднократно становились лауреатами Нобелевской премии по экономике (М. Фридман (1976 год), Д. Стиглер (1982 год), Р. Коуз (1991 год), Г. Беккер (1992 год), Д. Норт и Р. Фогель (1993 год), Д. Нэш (1994 год)).

Председатель Конституционного Суда Российской Федерации (далее также КС РФ) В.Д. Зорькин констатирует, что для современной эпохи постмодерна характерно размывание и ослабление эффективности правовых регуляторов индивидуального, социального и международного поведения<sup>1</sup>. В таких условиях правоведение (юриспруденция) вынуждено оперативно искать ответы на вызовы новой эпохи, либо изыскивая собственные внутренние эвристические резервы, либо обращаясь к научному взаимодействию с другими дисциплинами. Постоянное усложнение общественных отношений, усиливающаяся отраслевая дифференциация научного знания обуславливают следование науки по пути междисциплинарных взаимодействий.

Председатель Высшего арбитражного суда Российской Федерации А. Иванов в 2012 году в своем выступлении на Санкт-Петербургском экономическом форуме прямо ориентировал арбитражные суды на использование экономического анализа права при рассмотрении налоговых споров<sup>2</sup>.

Примечательно, что необходимость обращения к экономическому анализу права признается не только на уровне политико-правовой риторики, но также находит свое место и в судебных актах, в том числе и на уровне высших судебных инстанций Российской Федерации. Так, в Особом мнении к постановлению

---

<sup>1</sup> См.: Экономика и право: новый контекст // Российская газета. 2014. 21 мая.

<sup>2</sup> См.: Неформальный подход // Российская газета. 2012. 11 декабря.

КС РФ от 20 декабря 2011 года № 29-П основоположник российской конституционной экономики Г. Гаджиев призвал к проверке вариантов толкования правовой нормы именно методами экономического анализа права. Кроме того, к этому моменту арбитражные суды уже *de facto* использовали экономический анализ права при разрешении конкретных дел при оценке их фактических обстоятельств<sup>1</sup>, следуя другой известной правовой позиции Конституционного суда Российской Федерации, ранее уже неоднократно отмечавшего необходимость учета экономико-правового содержания налоговых правоотношений<sup>2</sup>.

Таким образом, принимая во внимание объективно существующий в практической (правоприменительной) среде интерес к идеям учения «Law and Economics», на современном этапе требуется их соответствующее системное теоретическое осмысление, включающее историческую реконструкцию и юридическую интерпретацию имеющихся в рамках «Law and Economics» гипотез, идей, представлений об общих закономерностях возникновения, развития и функционирования права и государства.

Тщательное и всестороннее исследование идей политико-правового учения «Law and Economics», вышедшего далеко за рамки США, внимательное изучение исторической судьбы этого течения правовой мысли представляется необходимым предварительным условием для их взвешенного и корректного отраслевого применения в условиях российской правовой системы, отличающейся существенным своеобразием и собственными уникальными традициями.

**Степень научной разработанности темы.** В настоящий момент можно констатировать рост научного интереса отечественных ученых к проблематике «Law and Economics», о котором свидетельствует подготовка рядом университетов, среди которых Московский государственный университет, Уральский государственный экономический университет, Московский государственный институт

---

<sup>1</sup> См.: Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды: постановление Пленума Высшего арбитражного суда РФ от 12 октября 2006 года № 53 (п. 7) // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 15.09.2015).

<sup>2</sup> Например, постановления Конституционного Суда РФ от 4 апреля 1996 года № 9-П, от 22 июня 2009 года № 10-П и т. д.

международных отношений, учебных программ по дисциплине «Экономический анализ права»<sup>1</sup>, которая пока преподается преимущественно на экономических факультетах. Для студентов-юристов на факультете права в Высшей школе экономики (ГУ – ВШЭ) читается курс экономического анализа права, а также в магистратуре Российской школы частного права (РШЧП) преподается курс экономического анализа корпоративного права.

В то же время системные исследования учения «Law and Economics» в рамках теории и истории государства и права (истории политических и правовых учений) отсутствуют<sup>2</sup>. Однако по таким дисциплинам, как «экономика» и «институциональная экономика», имеются отечественные учебные пособия, непосредственно посвященные экономическим аспектам «Law and Economics» (например, Одинцова М.И. Экономика права<sup>3</sup>; Шмаков А.В. Экономический анализ права: учебное пособие: в 2 ч.<sup>4</sup>).

Юридические аспекты «Law and Economics» раскрываются в русскоязычной научной литературе в настоящее время преимущественно в рамках отраслевых исследований (С.А. Курочкин<sup>5</sup>, И.А. Хаванова<sup>6</sup> Н. Пахомова, К. Рихтер<sup>7</sup> и др.), конституционной экономики (Г.А. Гаджиев<sup>8</sup>, Т. Сырунина<sup>9</sup> и др.), институционального

<sup>1</sup> О сложностях разработки учебно-методического комплекса (УМК) см. интервью канд. экон. наук Пономарева А.В. Экономический анализ права: на стыке двух дисциплин. URL: <http://www.mgimo.ru/news/inno/document136575.phtml> (дата обращения: 15.09.2015).

<sup>2</sup> В частности, готовится к изданию в 2016 году двухтомное исследование д-ра юрид. наук А.Г. Карапетова «Экономический анализ права», посвященное цивилистическим аспектам «Law and Economics» на примере договорного права.

<sup>3</sup> См.: Одинцова М.И. Экономика права. М.: ИД ГУ-ВШЭ, 2007. 430 с.

<sup>4</sup> См.: Шмаков А.В. Экономический анализ права: учебное пособие. Новосибирск: Изд-во НГТУ, 2005. Ч. 1. 136 с.; Шмаков А.В. Экономический анализ права: учебное пособие. Новосибирск: Изд-во НГТУ, 2008. Ч. 2. 80 с.

<sup>5</sup> См.: Курочкин С.А. Экономический анализ права как перспективный метод исследования гражданского процесса // Вестник гражданского процесса. 2013. № 1.

<sup>6</sup> См.: Хаванова И.А. О теории экономического анализа в налоговом праве (концептуальные основы) // Журнал российского права. 2015. № 5. С. 111–124.

<sup>7</sup> См.: Пахомова Н., Рихтер К. Экономический анализ экологического права // Вопросы экономики. 2003. № 10. С. 34–50.

<sup>8</sup> См.: Гаджиев Г.А. Экономическая эффективность, правовая этика и доверие к государству // Журнал российского права. 2012. № 1. С. 10–21; Гаджиев Г.А. Предмет конституционной экономики // Очерки конституционной экономики. 23 октября 2009 г. / под ред. Г.А. Гаджиева. М., 2009. С. 37–92.

<sup>9</sup> Сырунина Т. Перспективы и сложности применения судами экономического анализа права при разрешении споров // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 4. С. 79–90.

проектирования правовых актов (В.Л. Тамбовцев<sup>1</sup>) или ограничиваются обсуждением вопросов значимости учения (В.И. Авдийский<sup>2</sup>, О.А. Воловик<sup>3</sup>, М.В. Антонов<sup>4</sup> и др.). Отдельного внимания заслуживают подробная статья Т.Я. Хабриевой по методологическим аспектам «Law and Economics»<sup>5</sup>, работа С.В. Третьякова по исследовательской программе учения<sup>6</sup> и диссертационное гражданско-правовое исследование Д.А. Архипова по вопросу распределения договорных рисков, непосредственное выполненное в методологии «Law and Economics»<sup>7</sup>.

Кроме того, традиционными темами для отечественной правовой науки, частично затрагивающими проблематику «Law and Economics», являются вопросы эффективности права (В.М. Сырых<sup>8</sup>, В.И. Никитинский<sup>9</sup>, А.Б. Венгеров<sup>10</sup> и др.) и соотношения права и экономики (А.А. Алпатов<sup>11</sup>, Т.Р. Орехова<sup>12</sup>), а также проблемы правового вмешательства в экономику<sup>13</sup>.

Основой для подготовки диссертационного исследования стали работы иностранных авторов, непосредственно посвященные проблемам исторического ста-

<sup>1</sup> См.: Тамбовцев В.Л. Методы экономического анализа права в проектировании нормативно-правовых актов // Russian Journal of Legal Studies. 2014. № 4 (1). С. 101–107; Тамбовцев В.Л. Теоретические основы институционального проектирования // Вопросы экономики. 1997. № 3. С. 82–94.

<sup>2</sup> См.: Авдийский В.И. Экономический анализ права // Безопасность бизнеса. 2009. № 1.

<sup>3</sup> См.: Воловик О.А. Экономический анализ права как средство преодоления судебного формализма // Вопросы экономики и права. 2013. № 4. С. 35–39.

<sup>4</sup> См.: Антонов М.В. О некоторых теоретических проблемах применения экономического анализа права в России // Право. Журнал ВШЭ. 2011. № 3. С. 10–25.

<sup>5</sup> См.: Хабриева Т.Я. Экономико-правовой анализ: методологический подход // Журнал российского права. 2010. № 12. С. 5–26.

<sup>6</sup> См.: Третьяков С.В. Формирование исследовательской программы экономической теории права // Liber amicorum в честь 50-летия А.Н. Жильцова. Трансграничный торговый оборот и право / сост. и науч. редакторы: А.И. Муранов, В.В. Плеханов. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 222–252.

<sup>7</sup> См.: Архипов Д.А. Правовой критерий распределения договорных рисков в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. 181 с.

<sup>8</sup> См.: Эффективность закона. Методология и конкретные исследования / отв. ред. В.М. Сырых, Ю.А. Тихомиров. М., 1997.

<sup>9</sup> См.: Кудрявцев В.Н., Никитинский В.И., Самощенко И.С. и др. Эффективность правовых норм. М., 1980. 280 с.

<sup>10</sup> См.: Самощенко И.С., Никитинский В.И., Венгеров А.Б. К методике изучения эффективности правовых норм // Советское государство и право. 1971. № 3. С. 70–71.

<sup>11</sup> См.: Алпатов А.А. Право и экономика: вопросы соотношения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 4. С. 3–22.

<sup>12</sup> См.: Орехова Т.Р. Соотношение права и экономики (Общетеоретические аспекты): дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. 164 с.

<sup>13</sup> См.: Ершов Н.Н. Правовые пределы вмешательства российского государства в сферу экономики: дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 1999. 191 с.

новления<sup>1</sup>, развития<sup>2</sup> учения и применения (включая анализ сопутствующих этому процессу трудностей) ключевых идей в рамках различных юрисдикций (в США, Европе, Японии, Бразилии и других странах)<sup>3</sup>.

Классической работой в исследуемой области считается учебник Р. Познера «Экономический анализа права» (1972 год), переведенный на русский язык В.Л. Тамбовцевым<sup>4</sup>, а также учебные пособия Ц. Вельяновски<sup>5</sup>, О. Уильямсона<sup>6</sup>, М. Полинского<sup>7</sup>. Важное значение для понимания идей учения имеют многочисленные отраслевые исследования (в частности, работы Г. Калабрези по экономическому анализу деликтного права<sup>8</sup>, труды Г. Беккера по экономико-правовым аспектам уголовного наказания<sup>9</sup> и др.), а также статьи, посвященные последним тенденциям в области «Law and Economics» (например, по бихевио-экономическому анализу Т. Улена<sup>10</sup>), и монография по экономическим основаниям учения<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Mackaay E. History of Law and Economics // Encyclopedia of Law and Economics / B. Bouckaert, G. De Geest. UK, 2000. P. 65–117; Mercurio N., Medema S.G. Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond. Princeton, 2006. 400 p.; Pearson H. Origins of Law and Economics – The Economists New Science of Law, 1830–1930. Cambridge, 1997. 216 p.

<sup>2</sup> Richardson M. The Second Wave in Context // The Second Wave of Law and Economics / M. Richardson, G. Hadfield (eds.). Annandale: The Federation Press, 1999. P. 2–10; Дикин С. Современное движение права и экономики. Анализ и оценка // Истоки. М.: ИД ГУ-ВШЭ, 2000. Вып. 4. С. 178–227.

<sup>3</sup> Mattei U. Comparative Law and economics. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1997. P. 288; Duxbury N. Patterns of American Jurisprudence. Oxford, 1995. 530 p.; Mackaay E. Law and Economics for Civil Law Systems. 2013. 560 p., Ramseyer M. Second-best Justice: The virtues of Japanese private law. Chicago: The University of Chicago Press, 2015. 256 p., Pargendler M., Salama B. Law and economics in civil law world: the case of Brazilian courts // Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 471. URL: <http://ssrn.com/abstract=2514577> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2514577> (дата обращения: 22.11.2015); Кихнер К. Трудности восприятия дисциплины «право и экономика» в Германии // Истоки: экономика в контексте истории и культуры. М.: ГУ-ВШЭ, 2004. Вып. 5. С. 368–392; Грехинг К., Гелтер М. Трансатлантические различия в правовой мысли: американский экономический анализ права против немецкого доктринализма // Вестник гражданского права. 2010. № 6. С. 207–278.

<sup>4</sup> Познер Р.А. Экономический анализ права: в 2 т. / пер. с англ. В.Л. Тамбовцева. СПб., 2004. Т. 1. 524 с.

<sup>5</sup> Veljanovski C. The economics of law. The Institute of Economic Affairs. 2006. 179 p.

<sup>6</sup> Williamson O. The Economic Institutions of Capitalism – Firms, Markets, Relational Contracting. New York: The Free Press, 1985.

<sup>7</sup> Polinsky M. An introduction to law and economics. 2-d ed. Boston, 1989.

<sup>8</sup> Calabresi G. The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis. New Haven, 1970. 340 p.

<sup>9</sup> Becker G. Crime and Punishment: the economic approach // Journal of Political Economy. 1968. Vol. 76. P. 169–217.

<sup>10</sup> Улен Т. Теория рационального выбора в экономическом анализе права // Вестник гражданского права. 2011. № 3. С. 275–315.

**Объектом** диссертационного исследования является политико-правовое учение «Law and Economics», сформировавшееся и получившее наибольшую поддержку в XX веке в США. Предметом выступает взаимосвязь правовых (и экономических) теорий, преемственность идей, развитие и последующее осмысление которых привело к появлению самостоятельного учения «Law and Economics», его генезис, ключевые положения, особенности познавательной установки и методологии, а также наследие, способное обогатить современное юридическое мышление, в том числе и за пределами англосаксонского мира.

**Цель диссертационного исследования** состоит в системном и многостороннем изучении наиболее актуальных аспектов политико-правового учения «Law and Economics», в том числе его уникальных онтологических, эпистемологических и эвристических характеристик, которые могут иметь значение для отечественной правовой науки и юридической практики.

Для достижения поставленной цели диссертант опирается на работы ключевых представителей исследуемого учения, а также труды его наиболее значимых сторонников и критиков, с привлечением также отечественных источников, решая при этом следующие исследовательские **задачи**, каждая из которых выступает своеобразным этапом в проведении единого исследования:

- исследовать генезис политико-правового учения «Law and Economics»;
- охарактеризовать исходные идеи (теоретические, философские и правовые основания), на базе которых произошло формирование «Law and Economics» как самостоятельного учения о праве и государстве;
- определить наличие (отсутствие) в научной литературе периодизации развития учения «Law and Economics» от этапа его зарождения до настоящего времени и предложить авторский вариант такой периодизации;
- выявить особенности познавательной установки, основополагающих начал и методологии учения «Law and Economics», их гносеологическую ценность и значение для развития отечественной правовой мысли;

---

<sup>1</sup> Theoretical Foundations of Law and Economics (Ed. by M.D. White). Cambridge University press, 2011. 304 p.



– дать сравнительную характеристику основных экономико-правовых школ (направлений), входящих в состав учения «Law and Economics», а также проанализировать тенденции развития учения на современном этапе, в том числе за пределами США;

– определить место учения «Law and Economics» в существующем видовом разнообразии междисциплинарных исследований в юриспруденции и предложить русскоязычный понятийный аппарат, отвечающий содержанию учения «Law and Economics»;

– проанализировать наличие возможности и потенциальных областей применения идей учения «Law and Economics» для развития российской правовой системы;.

**Методология и методы исследования.** Поскольку объектом исследования является значимое политико-правовое учение, исследование предполагает использование большого количества смежных отраслей научного знания: философии, правоведению, истории, социологии, экономике и др. Специфика изучаемого явления детерминирует особенности используемой для его изучения методологии, а именно применение наряду с общенаучным диалектическим методом системного и исторического подходов.

В частности, конкретно-исторический метод, использованный при анализе генезиса «Law and Economics», позволил выявить теоретические и философские предпосылки появления рассматриваемого учения. Системный метод был использован для выявления связей учения «Law and Economics» с иными философскими, правовыми и политико-правовыми концепциями (утилитаризм, правовой реализм, школа критических правовых явлений и др.), а также при анализе соотношения системного единства права и экономической эффективности. Широкое использование сравнительно-правового метода обеспечило возможность выявления общих и специфических черт основных экономико-правовых школ, составляющих содержание учения «Law and Economics», и позволило сопоставить применимость идей «Law and Economics» в условиях англосаксонской и континентальной правовых систем.

Формально-логический метод использовался при исследовании разнообразных направлений, существующих внутри «Law and Economics», и их классификации, а также при выработке необходимых для этого понятий (категорий); аксиологический метод – для оценки обоснованности претензий радикальных направлений «Law and Economics» по поводу создания новой экономической школы (теории) права; лингвистический (герменевтический) метод – для выявления наиболее релевантного русскоязычного наименования для рассматриваемого учения.

**Теоретическую базу диссертационного исследования** составили англоязычные работы по экономическому анализу права таких авторов, как Р. Познер, Г. Калабрези, Р. Коуз, Г. Беккер, М. Риццо, О. Холмс, Р. Паунд, Б. Кардозо, К. Льюэллин, А. Хант, С. Холл, Д. Кеннеди, Р. Ангер, Т. Улен, К. Джоллс, Ц. Вельяновски, Е. Маккей, Р. Кутер, С. Роуз-Аккерман, Р. Дворкин, И. Кирцнер, Р. Эбелинг, К. Воннел, Г. Ховенкамп, К. Кирхнер, К. Грехинг, М. Гелтер, С. Дикин, Г. Шефер, М. Голецки и др.

Также были использованы работы отечественных ученых-правоведов С.С. Алексеева, В.К. Бабаева, В.М. Баранова, С.Н. Братуся, Р.О. Халфиной, А.В. Малько, В.В. Мамчуна, Н.И. Матузова, И.А. Покровского, В.Б. Романовской, В.В. Лазарева, В.А. Толстика, В.С. Нерсисянца, В.М. Сырых, М.Н. Марченко, В.Л. Тамбовцева, В.И. Авдийского, М.И. Одинцовой, А. Бальсевич, А.Г. Карапетова, Д.С. Степанова, В.Д. Зорькина, С.В. Третьякова, Т.Я. Хабриевой, Г.Ф. Шершеневича, М.В. Антонова, Г.А. Гаджиева, И.А. Хавановой, А.А. Алпатова и др.

В методологическом и общетеоретическом плане автор также опирался на труды таких философов, социологов и экономистов, как Г.В. Гегель, И. Кант, И. Бентам, Д. Юм, М. Фуко, Д. Анцилотти, О. Эрлих, М. Вебер, Э. Дюркгейм, Л. Дюги, Л. Канторович, Г. Радбрух, Е. Эрлих, М. Фридман, К. Маркс, В. Зомбарт, Г. Шмоллер, М. Вебер, Л. Brentano, К. Бюхер, Т. Веблен, Дж. Коммонс, Дж. Гэлбрейт, А. Смит, Б. Мандевиль и др.

**Эмпирическую базу исследования** составили нормативные правовые акты и правоприменительная практика на уровне высших судебных инстанций России и США. Это национальные отраслевые кодифицированные акты матери-

ального права, такие как Гражданский кодекс Российской Федерации, Налоговый кодекс Российской Федерации, Уголовный кодекс Российской Федерации, Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях, и процессуального права (Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации, Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации), Закон РФ о поправке к Конституции РФ от 5 февраля 2014 года № 2-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации», Федеральный закон от 16 ноября 2011 года № 321-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации в связи с созданием консолидированной группы налогоплательщиков» и другие законы и подзаконные нормативные правовые акты.

**Научная новизна диссертационного исследования** состоит в том, что впервые в отечественной правовой науке проведено комплексное исследование одного из передовых, ведущих в большинстве англосаксонских стран, в частности в США, направлений научных исследований на стыке права и экономики. Многие из использованных при подготовке диссертационного исследования источников, включая материалы судебной практики, ранее не переводились на русский язык.

Новым в научном плане является системное изложение генезиса политико-правового учения «Law and Economics», его исходных идей и предпосылок формирования. Кроме того, диссертантом предложена авторская периодизация развития учения «Law and Economics» от момента зарождения до настоящего времени, дана сравнительная характеристика основных школ учения, выявлены тенденции его развития на современном этапе.

Впервые в отечественной науке в качестве термина, отражающего мультидисциплинарное содержание политико-правового учения «Law and Economics», обосновано и введено в научный оборот русскоязычное понятие «экономический анализ права».

Новизну исследования определяет также проведенный сравнительный анализ особенностей познавательной установки, исходных идей и начал методологии «Law and Economics» и догматической юриспруденции (в наиболее обобщенном

виде нивелирующем различия вариаций догматики от пандектики до кельзианства), результаты которого для наглядности вынесены в приложение к диссертации (см. таблицу). На основе этого анализа определены относительные преимущества и ограничения (недостатки) познавательной установки «Law and Economics» в контексте возможности применения «Law and Economics» в условиях российской правовой системы.

### **Основные положения, выносимые на защиту:**

1. Политико-правовое учение «Law and Economics» обосновывает необходимость познания правовых феноменов, исходя из экономических детерминант, предпосылок и методологии индивидуализма (применение теории рационального выбора, ценовой теории, теоремы Коуза, а также понятий альтернативных, трансакционных издержек и эффективности), в качестве одного из актуальных направлений исследования проблем государства и права. При этом учение «Law and Economics» представляется одним из новейших научных направлений в юриспруденции и обладает статусом самостоятельной, стремительно развивающейся научной школы, обладающей потенциалом для решения как научных, так и политических задач (критика государственного вмешательства в экономику, обоснование необходимости свободы договора и предпринимательства и проч.).

2. «Law and Economics», с одной стороны, является наследником идей неприятия чрезмерно формального юридического подхода к праву, нашедшего отражение в концепциях естественного права (Платон, М.Т. Цицерон, Ф. Аквинский, Т. Гоббс, Дж. Локк, Ж.-Ж. Руссо), философии утилитаризма (И. Бентам), шотландского просвещения (Д. Юм), американского правового реализма (О. Холмс, Р. Паунд, Б. Кардозо, К. Льюэллин), школы критических правовых исследований (А. Хант, С. Холл, Д. Кеннеди, Р. Ангер), а с другой стороны – экономических идей (нео) классической (А. Смит, Д. Рикардо, Т. Мальтус, Дж. С. Милль, К. Маркс, К. Менгер, М. Фридман, П. Самуэльсон, А. Пигу и др.) новой исторической (В. Зомбарт, Г. Шмоллер, М. Вебер, Л. Brentano, К. Бюхер и др.) и (нео) институциональной (Р. Коуз, Д. Норт, О. Уильямсон, Г. Демсец, Т. Веблен, Дж. Коммонс, Дж. Гэлбрейт и др.) школ.

Близкие по духу европейские школы права – социология права (Д. Анцилотти, О. Эрлих, М. Вебер, Э. Дюркгейм, Л. Дюги), юриспруденция интересов (Р. Иеринг), школа свободного права (Л. Канторович, Г. Радбрух, Е. Эрлих) – не оказали существенного влияния на становление «Law and Economics», поскольку в континентальной правовой традиции, восходящей к философии И. Канта, юриспруденция традиционно позиционируется как полностью самодостаточная, автономная, догматическая наука, не нуждающаяся в междисциплинарном взаимодействии.

3. В научной литературе по «Law and Economics» отсутствует общепринятая периодизация развития учения. Имеющиеся варианты фрагментарны и сводятся либо к делению экономического анализа права на «старый» и «новый» (Р. Познер), либо к выделению в нем «первой» и «второй» волны (Е. Маккей, А. Бальсевич), не охватывая всего исторического горизонта.

В работе предлагается авторская периодизация развития экономического анализа права, включающая следующие этапы: 1) этап формирования исходных идей (со времен Античности до 40-х годов XX века) – на котором, начиная с работ древнегреческих мыслителей Платона и Аристотеля, то есть задолго до формирования экономики как самостоятельной науки (А. Смит), стали формироваться концептуальные основания-предпосылки дальнейшего становления и обособления учения «Law and Economics»; 2) классический этап (40-е – 70-е годы XX века) – период расцвета учения, интенсивного роста его влияния и резкого увеличения числа сторонников, в который сложилась ставшая впоследствии классической Чикагская школа (Р. Познер), а такие ученые, как Р. Коуз, Г. Беккер и Г. Калабрези заложили концептуальные основы для всего последующего развития «Law and Economics»; 3) современный этап (с 1980-х годов по настоящее время) – начался с выдвижения на лидирующие позиции наряду с Чикагской школой неклассической Австрийской школы (М. Риццо, И. Кирцнер, У. Блок, Р. Эбелинг, Г. Креспи, Л. Секрест, Н. Кинселла, Р. Кордато, К. Воннел, Л. Уайт, Г. Фолмер и др.), уточнившей предпосылки анализа за счет включения в них изменчивости предпочтений индивидов, динамического характера рынка и неполноты (фрагментарности)

информации, тем самым придав всему современному экономическому анализу права импульс к еще большему усложнению используемой модели реальности (например, за счет уточнения теории рационального выбора введением элементов ограничений (провалов) рациональности и т. д.).

4. Характерными особенностями познавательной установки «Law and Economics» являются ее проактивность (подход *ex ante*) – рассмотрение права как системы экзогенных стимулов, «неявных цен»; мультидисциплинарность (использование экономической теории для изучения права); маржинальность – отслеживание приростных изменений в целом стабильных по остальным параметрам систем; консеквенциалистская эффективность (оценка правовых последствий при помощи ценовой теории); прагматичность (рациональность) представлений о человеке как максимизаторе собственной выгоды; тенденция к генерализации, выявлению общих закономерностей взаимоотношений права и среды, моделированию и прогнозированию; максимально продуктивная работа с количественными показателями (*cost benefit analysis*).

5. Наличие в рамках «Law and Economics» радикальных нормативных предположений, вплоть до замены традиционных правовых целей и ценностей (таких как, например, справедливость) категориями экономической эффективности, является не более чем следствием общесоциальной тенденции к излишней «экономизации» всех сфер жизни общества, включая науку, которая не может быть проигнорирована никаким современным политико-правовым учением. Однако в своем классическом (позитивном) варианте «Law and Economics» строго научно, не носит нормативного подтекста и не претендует на создание нового мировоззренческого горизонта, представляя собой объективное, нонкогнитивное, инструментальное учение, свободное от чрезмерной идеологизированности, направленное в основном на реализацию прогностической, дескриптивной и эвристической функций.

6. С точки зрения классификации видов научного взаимодействия «Law and Economics» тяготеет к мультидисциплинарным (таким, например, как философия права, социология права и проч.), а не междисциплинарным (например,

юридическая психология, юридическая лингвистика и проч.) или трансдисциплинарным (например, изучение преступности, городской среды и проч.) направлениям, поскольку право здесь изучается извне, с позиций иной самостоятельной научной дисциплины – экономики. В силу этого фактора «Law and Economics» не предполагает создания новых интегральных структур, основываясь на четкой демаркации предметов научного знания экономики и юриспруденции.

7. Наиболее герменевтически обоснованным и терминологически выверенным русскоязычным понятием для обозначения учения «Law and Economics» представляется «экономический анализ права» – понятие, позволяющее, в отличие от иных встречающихся в литературе вариантов («экономика права», «экономическая теория права», «право и экономика» и проч.), подчеркнуть мультидисциплинарность содержания описываемого политико-правового учения.

8. Учение «Law and Economics» является интернациональным и занимает важное место в современной мировой юриспруденции. В настоящее время география «Law and Economics» выходит далеко за пределы США (где учение первоначально зародилось и обрело наибольшее количество последователей), включая также страны Европы (учение имеет значительное влияние в Германии, странах Бенилюкс, Италии и ряде других государств Европейского союза), Скандинавские страны и Латинскую Америку (наиболее бурный рост отмечается в Бразилии).

9. В условиях российской правовой системы, в целом тяготеющей к романо-германской правовой семье, необходимо использование экономического анализа права в первую очередь путем применения разработанной в нем системы принципов институционального проектирования нормативных правовых актов, что позволит улучшить качество отечественного правотворчества за счет обращения к передовым методам моделирования и прогнозирования, работы с количественными показателями (cost benefit analysis).

Подход экономического анализа права к оценке эффективности правовых актов (как внутренней эффективности, так и эффективности их применения) расширяет преобладающее в отечественной науке понимание эффективности как достижения запланированного результата правового воздействия возможностью

оценки последствий введения выбранного варианта регулирования (или самого выбора варианта регулирования) при помощи ценовой теории (консеквенциалистская эффективность).

Кроме того, целесообразно использование экономического анализа права в качестве инструмента аналитического исследования законодательства и правоприменительной практики, а также его прямое применение в правоприменительной практике по вопросам оценки фактических обстоятельств, имеющих значение для дела и целей толкования нормативных предписаний в ряде отраслей права (гражданское право, предпринимательское право, налоговое право, антимонопольное право и т. д.).

**Теоретическая значимость диссертационного исследования** определяется актуальностью рассмотренных в работе проблем и степенью обоснования содержащихся в ней положений, выводов и рекомендаций и состоит в том, что обращение к передовому глобальному контексту общественных наук в целях совершенствования и развития отечественной правовой науки за счет расширения ее горизонта будет способствовать ее дальнейшему развитию. Автором раскрыты ключевые идеи учения «Law and Economics» в их динамике, выявлен ход зарождения и эволюции учения, обоснована его эвристическая ценность в качестве дополнительного подхода и заложены предпосылки для проведения дальнейших исследований по теме. Диссертация может быть использована для дальнейшей разработки (в том числе на уровне отдельных отраслей права) проблем использования экономического анализа права в условиях российской правовой системы.

**Практическая значимость диссертационного исследования** определяется его новизной и содержащимися в нем обобщениями, выводами и предложениями, которые могут быть использованы в ходе институционального проектирования нормативного правового материала, аналитической работы над совершенствованием законодательства и правоприменительной практики, а также в ходе конкретной правоприменительной работы любого уровня (от практики юридического сопровождения бизнеса до судебной практики).



Выводы и положения диссертационной работы могут применяться при изучении курсов теории права и государства, а также различных отраслей права. Материал диссертационного исследования может стать основой спецкурсов в двухуровневой модели высшего юридического образования: бакалавриате и магистратуре.

**Степень достоверности и апробация результатов исследования.** Основные положения диссертации нашли отражение в семи научных публикациях, в выступлениях на следующих научных и научно-практических конференциях: Всероссийская научно-практическая конференция «Правовые реформы: причины, процедуры, результаты, эффекты (к 150-летию судебной и земской реформ 1864 года) (Кострома, 13–14 декабря 2014 года), Международная научно-практическая конференция «Тенденции инновационных процессов в науке» (Москва, 10 декабря 2015 года).

**Структура диссертации** обусловлена целью и задачами исследования и включает в себя введение, две главы, состоящие из восьми параграфов, заключение, библиографию, содержащую 205 источников, в том числе 96 на иностранных языках, и приложение в виде сравнительной таблицы.

## Глава 1. Генезис учения «Law and Economics»

### § 1. Периодизация развития и исходные идеи учения «Law and Economics»

Для наглядного описания процессов зарождения и развития научных идей, на определенном этапе приведших к появлению экономического анализа права как самостоятельного направления междисциплинарных научных исследований, преломления и дальнейшего развития этих идей уже в рамках новой дисциплины, а также последующего самоопределения этой дисциплины, необходимо рассмотреть основные исторические этапы развития экономического анализа права. Системное рассмотрение концепции экономического анализа права в ее исторической ретроспективе (динамике) позволит лучше понять причины первоначальной привлекательности этих идей (причем как в экономической, так и юридической среде) и последовавшего за этим спада интереса к ним, приведшего в итоге к некоторому упадку столь многообещающего научного направления.

В вопросах ретроспективного изучения экономического анализа права как самостоятельного направления научной мысли, учитывая многоаспектность и сложность такой познавательной задачи, на наш взгляд, необходимо при изложении материала придерживаться определенной периодизации. Хотя такой подход поддерживается не всеми учеными (например, Н. Даксбери предупреждает об опасности впасть в крайность исторического редукционизма, излишне увлекшись идеей составления периодизации<sup>1</sup>), для упорядочения и структурирования изучаемого явления данный методологический прием представляется нам наиболее оправданным.

В литературе по экономике права не существует какой-либо единой и общепринятой периодизации ее истории. Вместе с тем, большинство ученых выделяют экономику права так называемой «первой» и «второй» волны, не называя при этом ни критерия для подобного деления, ни жестких временных рамок каж-

---

<sup>1</sup> Duxbury N. Patterns of American Jurisprudence. Oxford, 1995. P. 395.

дого из периодов. Например, А. Бальсевич относит к первой волне экономики права работы вплоть до 1980-х годов XX века<sup>1</sup>, в то время как Е. Маккей считает датой начала второй волны 1958 год<sup>2</sup>, когда был основан журнал экономики права (Journal of Law and Economics), а Р. Познер описывает период до 1960-х годов как «старую» экономику права, границы которой затем были пересмотрены «новой» экономикой права<sup>3</sup>.

В настоящей работе мы предлагаем использовать синтетический критерий построения периодизации, а именно комплексное состояние изучаемой научной дисциплины, включая общую степень ее развитости (принимая во внимание также и состояние собственно экономической мысли), преобладающую на определенном этапе методологию познания и основные (господствующие) элементы исследовательской программы, а также уровень влияния на академическую среду. Такое построение периодизации даст возможность снять необходимость акцентирования внимания на жестких временных рамках отдельных этапов, сфокусировав его на сущностной составляющей изучаемого явления – значимых вехах развития научной мысли как таковой.

Исходя из выбранного критерия, представляется обоснованной следующая **периодизация развития экономического анализа права:**

**I. Период формирования исходных идей учения «Law and Economics» (вплоть до 40-х годов XX века)** – на данном этапе не существует не только экономика права, но даже еще и сама экономика как наука. Тем не менее уже появляются научные работы, хотя и не посвященные непосредственно анализу права экономическими методами, но содержащие идеи, которые могут быть рассмотрены в качестве концептуальных оснований-предпосылок, на основе которых впоследствии авторы строили свои рассуждения. В рамках этого периода знаковым событием явилось появление в XVIII веке экономики как науки, свя-

<sup>1</sup> См.: Бальсевич А. Экономика права: предпосылки возникновения и история развития // Вопросы экономики. 2008. № 12. С. 67.

<sup>2</sup> MacKaay E. History of Law and Economics // Encyclopedia of Law and Economics / B. Bouckaert, G. de Geest. UK, 2000. P. 81.

<sup>3</sup> Posner R. The Economic Approach to Law // Texas Law Review. 1975. № 53. P. 758.

занное в первую очередь с именем А. Смита, после которого темпы развития направления несоизмеримо возросли.

**II. Классический экономический анализ права (40-е – 70-е годы XX века)** – период расцвета теории, характеризующийся бурным ростом числа ее сторонников, появлением работ по непосредственному научному исследованию правовых явлений при помощи экономического инструментария, а также стремлением к поиску единой методологии внутри направления. В рамках этого периода состоялся эволюционный переход от «старого» экономического анализа права к «новому» экономическому анализу права, классический синтез которого осуществил Р. Познер.

Зарождение первой волны экономики права было подготовлено в недрах так называемой «старой» экономики права. На этом этапе основная масса научных исследований, интеллектуальные усилия, их творческий поиск сконцентрирован на традиционно-экономических отраслях права (антитрестовое право, законодательство о конкуренции, праве собственности и т. д.). Только появляются первые попытки анализа правовых явлений, не относящихся к рынку в классическом его понимании (интеллектуальная собственность, федерализм, общественный выбор и проч.).

Становление классической экономики права тесно связано с работой А. Директора на факультете права Чикагского университета, а также началом формирования собственного научного стиля экономического анализа права среди приверженцев ценовой теории (так называемая «Чикагская школа»). Как указывает Э. Пирсон в своем историческом исследовании «Происхождение экономики права», в этот период европейское по своей сути учение, перебирается в США, где при помощи институциональной школы экономики начинает завоевывать признание среди юристов<sup>1</sup>. Параллельно в экономической среде появляются ранние работы Р. Коуза, обратившие внимание ученых на проблему трансакционных издержек. Взгляд на экономический анализ права через призму механизмов социального трения позволил по-новому оценить роль правового регулирования. Мно-

---

<sup>1</sup> Pearson H. *Origins of Law and Economics – The Economists New Science of Law, 1830–1930*. Cambridge, 1997. P. 44.

гочисленные интерпретации теоремы Р. Коуза стимулировали междисциплинарную научную дискуссию. Кроме того, росту интереса к экономическому анализу права в значительной степени способствовало появление работ Г. Беккера, где в качестве концептуальной основы рассуждений о праве прямо используется теория рационального выбора, которая позволяет автору подвергать экономико-правовому анализу не только рыночные но, фактически, любые общественные отношения, урегулированные правом. Именно «экономический империализм» Г. Беккера, соединившего логику ценового механизма, понятие альтернативных издержек и теорию рационального поведения, позволил учению «Law and Economics» колонизировать до этого недостижимые для экономического анализа права области, такие как семейное право, проблемы дискриминации, назначения наказаний и т. д. Подобное расширение исследовательского горизонта возвестило о становлении «нового» экономического анализа права, более не ограниченного только рыночными областями законодательства (а вернее сказать, сводящего к рынку любые общественные отношения).

Несколько обособленно стоят в этом периоде работы Г. Калабрези, представляющие собой нормативный вариант экономического анализа, направленный на поиск законодательного решения для примирения цели справедливости (причем в строго юридическом смысле) с необходимостью экономической эффективности.

Высшей точкой развития «новой» экономики права первой волны выступает синтезирующая ортодоксия Р. Познера, предпринявшего попытку создать законченную экономическую теорию права за счет оригинальной трактовки координирующей функции права как способа восполнения провалов рынка. Именно работа Р. Познера «Экономический анализ права» (1972 год) по праву считается ключевой для всей Чикагской школы.

Период завершается утратой своих позиций Чикагской школой, что произошло в результате целого комплекса причин, среди которых развитие экономической науки, критика со стороны представителей иных школ экономического анализа (например, Австрийской школы) и со стороны философии права (например, Р. Дворкин).

**III. Современный экономический анализ права (начиная с 80-х годов XX века)** – на текущем этапе развития учение «Law and Economics» вновь характеризуется плюрализмом применяемой методологии, перманентным расширением границ дисциплины и, как следствие, неутихающими спорами относительно оптимальной исследовательской программы.

Первым сигналом завершения классического этапа «Law and Economics» стало появление «второй волны» экономики права, характеризующееся утратой Чикагской школой своих доминирующих позиций. Вместо монизма чикагской ортодоксии для экономического анализа права стало характерно многообразие школ и мнений, в частности, серьезную поддержку в научных кругах получила неклассическая **Австрийская школа экономического анализа права** (М. Риццо, И. Кирцнер, У. Блок, Р. Эбелинг, Г. Креспи, Л. Секрест, Н. Кинселла, Р. Кордато, К. Воннел, Л. Уайт, Г. Фолмер и т. д.). Австрийская школа исходит из гораздо более реалистичного набора исходных предпосылок анализа, изменчивости предпочтений индивидов, понимания динамического характера рынка и неполноты (фрагментарности) информации. Методологический акцент смещается здесь от естественнонаучных методов (эксперимент, эмпирическая истина, количественные измерения) в сторону логико-математических приемов (дедукция, аксиомы, синтетические априорные суждения). Особое развитие получает прагматология (Л. Мизес). В центр внимания исследователей попадает необходимость объяснения эволюции правовой формы, и с этого момента исследовательский горизонт неизбежно переносится с предсказаний и прогнозов на описание объективно существующих закономерностей.

Если Австрийскую школу, которая во многом обособилась от чикагского наследия, можно считать неклассической, то последующее состояние учения «Law and Economics» можно смело назвать постнеклассическим.

На этом этапе развития экономического анализа права большое внимание уделяется теории игр, теории общественного выбора, социологии права, философии и иным смежным научным дисциплинам. Стоит вопрос о будущем направлении развития – создании единой школы экономического анализа или распаде на

большое количество отдельных направлений (например, бихевио-экономический анализ права), что, вероятно, может снизить общий уровень доверия к учению и заинтересованности в нем.

Таким образом, в истории развития экономического анализа права можно выделить три основных периода, или этапа, его развития: начальный, классический (включающий «старую» экономику права и «новую» экономику права первой волны) и современный период, берущий свое начало в момент появления второй волны экономического анализа права (неклассическая Австрийская школа и дальнейшее «постнеклассическое» развитие).

Более подробному рассмотрению каждого из указанных периодов будет посвящена первая глава настоящего диссертационного исследования, анализ каждого из периодов составляет содержание отдельного параграфа работы. Начать же необходимо с изучения тех исходных идей, концептуальных, теоретических и философских оснований, на базе которых со временем и сформировалось в самостоятельное учение «Law and Economics».

Уже в трудах античных мыслителей, в частности **Аристотеля**, содержатся рассуждения, которые впоследствии послужили исходными точками экономического анализа права и получили дальнейшее развитие и разработку. «Должен ли законодатель, желающий издать наиболее правильные законы, сообразоваться с выгодой для лучших или для большинства?» – задается вопросом Аристотель в «Политике»<sup>1</sup>. Сама постановка этого вопроса в значительной мере предвосхитила как взгляды утилитаристов (И. Бентам), так и последующую дискуссию о критериях оценки эффективности правового регулирования, разгоревшуюся между сторонниками различных ее критериев (критерий Парето, критерий Калдора-Хикса или Дж. Ролза будут рассмотрены нами позднее).

Крайне актуальным в контексте современного экономико-правового нарратива представляется и рассуждение Аристотеля о конфискации имущества как виде уголовного наказания. Анализ эффективности конфискации античный мыслитель строит исходя из понимания права как стимула действующего *ex ante*, то

---

<sup>1</sup> Аристотель. Сочинения: в 4 т. / пер. с древнегреч. М.: Мысль, 1983. Т. 4. С. 754.

есть влияющего на поведение потенциальных правонарушителей еще до момента совершения ими нарушения, из чего следует, что сами правонарушители рассматриваются им как субъекты рационального выбора. «Нынешние же демагоги в своей угодливости перед народом часто прибегают к конфискации имущества посредством возбуждения уголовных дел. Поэтому пекущиеся о сохранении государственного строя должны противодействовать этому путем издания законов, в силу которых имущество осужденных по судебному приговору ни в коем случае не должно подлежать конфискации в пользу государства и становиться общественной собственностью, но должно становиться собственностью священной. Совершающие преступления не станут от этого смелее (они все равно подвергнутся наказанию), а чернь будет менее склонна выносить обвинительные приговоры подсудимым, так как сама она от этого не получит никакой пользы»<sup>1</sup>.

Важнейшим произведением в контексте экономического анализа права является пятая книга «Никомаховой этики», в которой Аристотель подробно исследует вопросы правосудного и несправедливого. На это произведение Аристотеля в своих работах до сих пор активно ссылаются как экономисты, так и юристы, поскольку, анализируя понятие «справедливости», античный мыслитель фактически выполняет сложное, даже по меркам сегодняшнего дня, междисциплинарное исследование. Частная справедливость, по Аристотелю, делится на распределительную (распределение имущества, почестей и прочего) и направительную, возникающую при обмене, который может быть произвольным (совершенным по своей воле, например в результате сделки) и непроизвольным (например, при краже). Право же состоит в пропорциональности и представляет собой середину. Распределительная справедливость есть геометрическая пропорция между людьми и вещами в соответствии с достоинством людей (отсюда возникают постоянные жалобы в суд, когда неравные люди имеют равные вещи, или неравные вещи принадлежат равным людям). Направительная же справедливость соответствует арифметической пропорции, право здесь есть середина между «наживой» одних и «убытком» других, которое ищет судья, как бы уравнивая возникшие отклонения

---

<sup>1</sup> Аристотель. Сочинения: в 4 т. / пер. с древнегреч. М.: Мысль, 1983. Т. 4. С. 832.



сторон от середины (идея, близкая по своей сути к «формуле Хэнда», предложенной американским судьей Л. Хэндом в 1947 году<sup>1</sup>). При произвольном обмене пропорциональное достояние достигается при перекрестном попарном распределении. Так, отношение строителя дома к башмачнику должно соответствовать отношению определенного количества башмаков к дому, для чего все должно быть измерено, а мерой при этом является потребность, которую для простоты договорились фиксировать монетой. Добро есть право, но не в силу закона, а в качестве исправления законного правосудия<sup>2</sup>.

Важнейшей концептуальной основой экономического анализа права является теория естественного права (юснатурализм, либертарианство) (Платон, Цицерон, Ф. Аквинский, Т. Гоббс, Дж. Локк, Ж.-Ж. Руссо). Именно теория естественного права служит тем философско-правовым базисом, на котором строятся любые рассуждения о возможности размежевания между созданным законодательством (его содержание определено государством) и имеющим более высокую природу естественным правом (содержание которого имманентно известно человеческой природе и потому изначально не может быть неправильным).

Еще Платон в своих работах исходил из того, что у каждого гражданина есть свое, данное природой понимание правильного поведения и рациональности, которое является неотъемлемой частью человеческой души, а не берется из законов или иных велений государства<sup>3</sup>. Развитие идея получила в работах стоиков, в частности, Цицерона, которому приписывается авторство афоризма «Несправедливые законы не создают право». В работе «О законах» Цицерон пишет, что природу права следует искать в природе человека, а закон – есть заложенный в природе высший разум. Голос «естественного права» видится Цицерону в том, что очищение, истинное наказание несет человеку не суд и не закон, а угрызения совести и мучительное осознание содеянного зла<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Decision of United States Court of Appeals, Ninth Circuit. 9 January 1947. «United states et al. v Carroll Towing Co., Inc., et al. URL: <https://casetext.com/case/union-oil-co-v-oppen>

<sup>2</sup> См.: Аристотель. Сочинения: в 4 т. / пер. с древнегреч. М.: Мысль, 1983. Т. 4. С. 168.

<sup>3</sup> См.: Платон. Сочинения: в 4 т. / под общ. ред. А.Ф. Лосева и В.Ф. Асмуса; пер. с древнегреч. СПб., 2007. Т. 3. Ч. 2. С. 171–172.

<sup>4</sup> См.: Цицерон М.Т. Диалоги. М.: Наука, 1994.

Развитие христианской ветви юснатурализма представлено в работах Фомы Аквинского. С точки зрения религиозных, теософски ориентированных мыслителей, естественное право имеет божественную природу, в силу чего всегда стоит над позитивным правом, которое создает человек. В отличие от стоиков, видевших основой легитимности закона его выводимость разумом из законов природы, которые должны быть открыты, теософия говорит о Божественной воле в качестве основы законности естественного права. По мнению Ф. Аквинского, естественное право есть «проявление вечного закона в разумных, рациональных людях». Поэтому тогда, когда соблюдение закона может пагубно сказаться на общественном благе, его не следует соблюдать<sup>1</sup>.

Обе разновидности естественного права в равной степени указывают на наличие у людей морального обязательства создавать законы, согласующиеся с принципами естественного права, и соблюдать эти законы<sup>2</sup>.

В XVII веке принципы естественного права получили свое развитие в работах просветителей Т. Гоббса, Д. Локка, Ж.-Ж. Руссо. Наряду с передовыми для своего времени правовыми концепциями, в трудах этих ученых содержатся также и хрестоматийные примеры экономико-правовых рассуждений. Так, Ж.-Ж. Руссо помимо развития теории естественных прав и общественного договора, сформулировал пример, который теперь входит во все учебники по теории игр. Речь идет о так называемой «охоте на оленя» (stag hunt) – корпоративной симметричной игре, описывающей конфликт между личными и общественными интересами. «Если охотились на оленя, то каждый понимал, что для этого он обязан оставаться на своем посту; но если вблизи кого-либо из охотников пробежал заяц, то приходилось сомневаться, что этот охотник без зазрения совести пуститься за ним вдогонку и, настигнув добычу, весьма мало будет сокрушаться о том, что таким образом лишил добычи своих товарищей»<sup>3</sup>. Томас Гоббс в трактате «Левиафан» идет

<sup>1</sup> См.: Аквинский Ф. Сумма теологии. Часть II-I. Вопросы 90–114. К.: Ника-Центр, 2010. С. 80.

<sup>2</sup> Mercurio N. The Jurisprudential niche occupied by law and economics // The Journal Jurisprudence. 2009. P. 63.

<sup>3</sup> Руссо. Ж.-Ж. Рассуждение о происхождении и основаниях неравенства между людьми // Трактаты / пер. с фр. А. Хаютина. М.: Наука, 1969. С. 75.

далее и прослеживает взаимосвязи между экономическими стимулами и существующей правовой системой в целом.

Джон Локк, описывая «догосударственный» этап развития общества, замечает, что «естественное состояние имеет закон природы, которым оно управляется и который обязателен для каждого; и разум, который является этим законом, учит всех людей, которые пожелают с ним считаться, что поскольку все люди равны и независимы, постольку ни один из них не должен наносить ущерб жизни, здоровью, свободе, или собственности другого; <...> все являются собственностью того, кто их сотворил, и существование их должно продолжаться до тех пор, пока ему, а не им это угодно»<sup>1</sup>. Эти представления позднее легли в основу представлений Австрийской школы экономики права о собственности. В рамках Австрийской школы выделяют два подхода к формированию прав собственности: подход, используемый М. Ротбардом, основанный на том, что права собственности начинаются с права «на себя самого», и подход, на который обратил внимание И. Кирцнер, предполагающий, что право на ресурс принадлежит тому, кто первым его «нашел». Так вот, позиция М. Ротбарда как раз основана на идеях, впервые высказанных Дж. Локком. М. Ротбард исходит из того, что право собственности является естественным правом каждого индивида, распространяется на результаты его труда, а пользование собственностью должно согласовываться с наличием определенных моральных обязательств, вытекающих из принадлежности всего Богу. Дж. Локк же пишет, что «руда, которую я добыл в любом месте, где я имею на то общее с другими право, становятся моей собственностью без предписания или согласия кого-либо. Труд, который был моим, выведя их из того состояния общего владения, в котором они находились, утвердил мою собственность на них»<sup>2</sup>.

Идеи естественного права на многие годы определили магистральное направление развития научной мысли на стыке права и экономики. Так, например,

<sup>1</sup> Локк Д. Два трактата о правлении / пер. с англ. А.Л. Субботин. М.: «Канон +», 2009. С. 219.

<sup>2</sup> Бальсевич А.А. Подход Австрийской школы к экономическому анализу права: методологические основы и практические рекомендации // Сборник статей аспирантов – 2007. Вып. 1. М., 2008. С. 255–256.

Т. Кэмпбэлл относит к работам по естественному праву и «Исследование о природе и причинах богатства народов» (1776 год) А. Смита, который развивает идею о праве как способе упорядочения отношений эгоистичных индивидов, что, в свою очередь, способствует рыночной эффективности. Помимо этого, А. Смит исследовал значимость спекуляций, последствия правительственных интервенций в систему ценообразования, а также политику протекционизма.

**Философия шотландского просвещения** также внесла весомый вклад в осмысление исходных экономико-правовых основ жизни общества. Дэвид Юм составил ясное понимание сложности взаимодействия между людьми, которому теория игр придает определенную форму только в наши дни. В своей работе «Трактат о человеческой природе» (1740 год)<sup>1</sup> он представил право как набор договоренностей, которым люди научились соответствовать для того, чтобы сделать возможным взаимодействие в условиях нехватки ресурсов и ограниченной предусмотрительности. Также как и Ж.-Ж. Руссо, Д. Юма интересовал парадокс совместных действий, который он объяснял на примере с осушением лугов и использовал для того, чтобы оправдать предоставление некоторых коллективных благ государству.

Неоспоримо влияние на генезис экономического анализа права **философии утилитаризма**, в особенности И. Бентама, критиковавшего английского юриста У. Блэкстоуна с его идеей о неизменности права, претившей реформаторскому духу. В ходе полемики Бентам настаивал на необходимости правовых реформ и пытался показать несостоятельность традиционных правовых догм, подвергая анализу законодательство с позиций целей его принятия. Общей задачей законодательства при этом виделась максимизация пользы.

В работе «Введение в основания нравственности и законодательства» (1788 год) содержится фактически упрощенный экономический анализ законодательства исходя из предпосылки об эгоистическом интересе каждого рационального индивида, который рассматривает вероятность совершения им преступления не только с позиций морали, но и исходя из издержек такого выбора, ус-

---

<sup>1</sup> Юм Д. Трактат о человеческой природе. М.: Попурри, 1998. 720 с.

тановленных правом. Именно И. Бентам предположил, что контроль над «ценами» совершения преступлений осуществляется законодателем через два параметра, характеризующие издержки преступника: строгость наказания и вероятность его применения.

Исходя из идеи о том, что счастье едино для всех и не зависит от особенностей и предпочтений конкретного человека, И. Бентам предложил имеющую огромное значение для «Law and Economics» концепцию агрегирования полезностей, основанную на принципах кардинализма<sup>1</sup> (возможность количественного измерения полезности) и благосостояния (общее благосостояние общества составляет благосостояние его членов и подлежит максимизации). «Счастье отдельных лиц, из которых составляется общество, то есть их удовольствия и их безопасность есть цель и единственная цель, которую должен иметь в виду законодатель»<sup>2</sup>. Фактически можно говорить о том, что Бентам создал нормативную цель экономики, сделав ее одновременно частью теории права<sup>3</sup>.

Для оценки выигрышей и потерь отдельных индивидов возможно их прямое межличностное сравнение, ради осуществления которого разрабатывается «арифметика счастья». В качестве ее обоснования Бентам выдвигает учение о четырех источниках страдания и удовольствия (физические, политические, нравственные, религиозные), их параметрах (интенсивность, продолжительность, несомненность, близость, плодovitость, частота и т. д.), а также дает классификацию различных видов и родов страдания и удовольствия. Для практического применения «арифметики счастья» зачастую предполагается необходимость перевода полез-

---

<sup>1</sup> Кардиналистский подход И. Бентама просматривается в работах знаменитого экономиста А. Пигу, а затем преломляется в ординалистском методе измерения полезности путем сравнения порядковых величин. Состоявшаяся в XX веке в рамках экономического анализа права дискуссия о критериях эффективности правовых норм была спровоцирована критикой Л. Роббинса в работе «Эссе о природе и значении экономической науки» (1932) принципов кардинализма.

<sup>2</sup> См.: Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. М.: РОССПЭН, 1998. С. 31.

<sup>3</sup> Posner R. Bentham's influence on law and economics movement // Current Legal Probs. 1998. Vol. 51. P. 437. Интересно, что сам Р. Познер признает, что его концепция максимизации общего благосостояния хотя и вдохновлена И. Бентамом, но считает, что она не аналогична утилитаристской идее о максимизации общей пользы, за что в свое время подвергался обоснованной критике со стороны Г. Калабреззи.

ности в денежный эквивалент. Этот разработанный И. Бентамом прием экономического анализа применяется и в настоящее время.

Взгляды утилитаристов определили основы государственной политики, проводимой посредством правового регулирования общественных отношений, на многие годы вперед. Гедонистическая позиция И. Бентама и сформулированный им нормативный критерий «наибольшего счастья» в значительной мере повлияли на Д.С. Милля и Д. Остина, что способствовало популяризации идей утилитаризма в Испании, Латинской Америке, а затем и в США. Отцы-основатели конституции США Т. Джефферсон и Б. Франклин восприняли утилитаризм в качестве основы политики права, открыв ему тем самым дверь в законодательство и правоприменительную практику страны. По точному выражению Г. Харта, «американская Конституция сделала правом то, что в других странах считалось бы политикой»<sup>1</sup>. Ссылки на труды И. Бентама можно обнаружить даже в судебных решениях, в том числе Верховного суда США<sup>2</sup>.

Резюмируя влияние философии утилитаризма на экономический анализ права, Ч. Роули<sup>3</sup> выделил три основные утилитаристские идеи, полностью воспринятые экономическим анализом;

- принцип всеобщей максимизации (счастья либо полезности) (welfarism) – постулирование самоценности исполнения человеческих желаний в соответствии с его предпочтениями;
- взвешивание сумм (sum-ranking) – развитие постулатов бентамовской арифметики счастья прослеживается в экономическом методе анализа выгод и издержек (cost benefit analysis);
- консеквенциализм – оценка человеческой деятельности исходя из ее последствий, а не в отрыве от них.

<sup>1</sup> Hart H.L. American jurisprudence through English eyes: The nightmare and the Noble Dream // Georgia Law Review. 1977. Vol. 11. P. 969.

<sup>2</sup> В работе Грехинг К., Гелтер М. Трансатлантические различия в правовой мысли: американский экономический анализ права против немецкого доктринализма // Вестник гражданского права. 2010. № 6. С. 207–278 приводятся сведения о наличии по состоянию на 2005 год 46 решений Верховного суда США, в которых упоминается принцип «наибольшего счастья».

<sup>3</sup> Rowley Ch. K. Wealth Maximization in Normative Law and Economics: a Social Choice Analysis // George Mason University Law Review. 1998. Vol. 6. No. 4. P. 971–976.

Попытки экономического анализа уголовного права с утилитаристских позиций предпринимались также Чезаре Беккариа, который в работе «О преступлении и наказании» (1764 год) исследовал сдерживающий эффект уголовно-правовых санкций. «Цель наказания заключается только в том, чтобы воспрепятствовать виновному вновь нанести тот же вред обществу и удержать других от совершения того же. Поэтому следует употреблять только такие наказания, которые при сохранении соразмерности с преступлениями производили бы наиболее сильное впечатление на душу людей и были бы наименее мучительными для тела»<sup>1</sup>. Экономический анализ уголовного права получил свое дальнейшее развитие уже в XX веке благодаря работе Г. Беккера «Преступление и наказание: экономический подход» (1968 год), принявшей в свою очередь концептуальные основы работ Ч. Беккариа.

Среди правовых теорий, служащих концептуальным фундаментом «Law and Economics» особое значение имеет **правовой реализм (О. Холмс, Р. Паунд<sup>2</sup>, Б. Кардозо<sup>3</sup>, К. Льюэллин) и школа критических правовых исследований (А. Хант, С. Холл, Д. Кеннеди, Р. Ангер)<sup>4</sup>**. Одной из ключевых идей в рамках

<sup>1</sup> Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. М.: ИНФРА-М, 2009. С. 103.

<sup>2</sup> Pound R. The call for a realistic jurisprudence // Harvard Law Review. 1931. Vol. 44. P. 697–711.

<sup>3</sup> Среди основных работ сменившего Холмса на посту судьи Верховного суда Б. Кардозо (до этого – судьи штата Нью-Йорк) следует назвать: Cardozo B.N. The nature of judicial process. Yale University Press, 1921. P. 188.

<sup>4</sup> Необходимо заметить, что, во-первых, хронологически теория правового реализма и школа критических правовых явлений относится к гораздо более позднему историческому периоду, чем рассматриваемый в настоящем параграфе, однако логически представляется правильным рассмотреть эти научные концепции именно в ряду предпосылок формирования собственно экономического анализа права. Во-вторых, в литературе встречается мнение, что правовой реализм и школа критических правовых явлений сами являются лишь этапами развития экономического анализа права (см.: Алпатов А.А. Право и экономика: междисциплинарное исследование), однако данная точка зрения не учитывает, что принадлежность к постклассическим правовым теориям (дискурсам), объединяющая правовой реализм, школу критических правовых исследований и экономику права, тем не менее не позволяет говорить о полном единстве школ, так как только экономический анализ права создал убедительные синтетические конструкции, создающие единую модель взаимодействия правовой системы и социума. Правовой реализм только постулировал необходимость создания подобной теоретической модели, а школа критических правовых исследований попросту отрицала наличие объективной возможности решения подобной сложнейшей теоретической проблемы. Интересно, что в первом издании работы Mercuro N., Medema S.G. Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond школа критических исследований рассматривалась как направление экономического анализа права. Во втором издании работы школа критических исследований не упоминается. В то же время Baird D. занимает противоположную точку зрения и рассматривает критическую школу как негативную реакцию на развитие экономического анализа.

обеих школ является отрицание априорного, автоматического действия правовых предписаний, включение в свою научно-исследовательскую программу проблемы реконструкции правового механизма в действии. Основополагающий тезис юридического формализма (в любом его варианте, от пандектики до кельзианства) о значении правовой нормы вне зависимости от акта ее применения (толкования) был поставлен реалистами под сомнение, равно как и вся дедуктивная модель правоприменительного процесса<sup>1</sup>. Кроме того, для анализа фактического материала реалисты предполагали необходимость использования эмпирических методов иных социальных наук, однако так и не смогли разработать соответствующую такой познавательной задаче методологию или хотя бы однозначно решить вопрос о том, на какую конкретно эмпирическую социальную науку необходимо опереться – экономика рассматривалась ими лишь как один из возможных вариантов, инструментов выявления «реального содержания» права. При этом как О. Холмс, так и К. Льюэллин указывали на значение экономики для юриста, отмечая, что «для изучения права исследователь должен обладать познаниями в области статистики и экономики», поскольку «экономика может пролить свет на природу и функционирование права». Работа К. Льюэллина «Влияние правовых институтов на экономику» (1925 год) цитировалась впоследствии многими представителями экономического анализа права в качестве примера успешной попытки выявления взаимосвязей на стыке двух дисциплин, наряду с признанием наличия в его работах зачатков раннего экономического анализа договорного права<sup>2</sup>.

Судья Верховного суда штата Массачусетс О.У. Холмс в своей наиболее известной статье «Путь закона» (1897 год) раскритиковал понимание права как набора абстрактных принципов, при помощи которых возможно разрешать частные дела. С точки зрения предложенной им теории предвидения, «решение дела зависит от субъективной оценки или интуиции, более утонченной, чем любое четко

---

<sup>1</sup> См.: Третьяков С.В. Формирование исследовательской программы экономической теории права // *Liber amicorum* в честь 50-летия А.Н. Жильцова. Трансграничный торговый оборот и право / сост. и науч. ред.: А.И. Муранов, В.В. Плеханов. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 223.

<sup>2</sup> Schwatz A. Karl Llewellyn and the early law and economics of contract // *The New Palgrave Dictionary of Economics of The Law*. 2002. Vol. 2. P. 421.



выраженное общее положение»<sup>1</sup>. Для понимания права необходимо посмотреть на него глазами «плохого человека», который не заботится ни о чем другом, кроме материальных последствий правового регулирования для него лично.<sup>2</sup> В процессе изучения права необходимо акцентировать внимание на социальных целях, на достижение которых правовое регулирование направлено. Социальные цели и ценности всегда так или иначе влияют на право, в частности, судьи при вынесении решений помимо своей воли остаются в плену своих суждений относительно социальных ценностей<sup>3</sup>. Право для О. Холмса – это никогда не «права в книгах» (law in books), а скорее реальный опыт, «право на практике» (law in practice), не система норм, но совокупность судебных решений.

Центральной идеей правового реализма является неопределенность права, формулируемая ими зачастую в контексте невмешательства государства в рыночные отношения (*laissez faire*). С позиций правового реализма любое решение суда носит политический характер, но маскирует его под формалистскими рассуждениями, лишь затемняящими принципы функционирования рынка. Аналогично и судьи при вынесении своих решений основываются не на объективных абстрактных законодательных правилах, а исходят из собственных оценочных суждений и убеждений, единственным ограничением же при этом выступает лежащая на них обязанность юридической аргументации своих выводов<sup>4</sup>.

При довольно развитой системе аргументации своих суждений и ощущением влияния на правовую науку США, правовой реализм все же не вышел на позиции общепризнанного междисциплинарного подхода, через призму которого большинство ученых стало бы проводить свои исследования в области права<sup>5</sup>. Вероятной причиной явилось то, что в период расцвета правового реализма так необхо-

---

<sup>1</sup> Holmes O.W. The Path of the Law // Harvard Law Review. 1897. Vol. 10. No 8. P. 465.

<sup>2</sup> Ibid. P. 459.

<sup>3</sup> Holmes O.W. The Path of the Law // Harvard Law Review. 1897. Vol. 10. No 8. P. 472.

<sup>4</sup> Singer J.W. Legal Realism Now // California Law Review. 1988. Vol. 76. P. 472, 477.

<sup>5</sup> Тем не менее в этой связи нельзя не отметить работу «Современная корпорация и частная собственность» (Modern corporation and private property) (1932 год), написанную в соавторстве юристом-реалистом А. Берлем и экономистом Г. Минзом, до сих пор остающуюся классикой в вопросе о конфликтах между акционерами-собственниками и наемниками-менеджерами в публичных компаниях.

димой ему развитой и зрелой эмпирической социальной науки просто не существовало. Впоследствии же, когда микроэкономика и ценовая теория наработали необходимый материал, правовой реализм сам перестал соответствовать их уровню. К тому же реалисты сознательно и последовательно избегали упрощения в построении теоретической модели реальности. В то же время при создании пригодных для получения научных результатов теоретических моделей порой необходимо использовать предварительно отобранные, понятные и поддающиеся количественному исчислению базовые переменные социальной реальности. Картина мира, рисуемая реалистами, оказалась настолько сложной и запутанной, что некоторые ученые видят в этом лишь отрицательные моменты и дополнительную предпосылку для выдвижения на лидирующие позиции в области социальных наук экономического анализа права, предпринявшего попытку достичь предельной ясности в моделировании социальной реальности, пусть и ценой неминуемой при этом идеализации<sup>1</sup>.

Школа критических правовых явлений, получившая распространение в США в 1970-е годы еще более наглядно показала, какие выгоды приносит применение междисциплинарной методологии к исследованию правовых феноменов. Широкое использование наработок философии, психологии и политики характеризует работы авторов, принадлежащих к школе критических правовых явлений<sup>2</sup>. Вместе с тем, ни критическая школа, ни теория правового реализма не сумели создать всеобъемлющую правовую теорию и полностью реконструировать социальную реальность исходя из заложенных в них теоретических предпосылок, что позволило бы выявить существующие закономерности и взаимосвязи между правом и иными социальными науками (социально-регулятивными системами). Акцентирование внимания ученого юридического сообщества на необходимости отхода от убежденности в априорной рациональности позитивного права, его автоматическом действии и полном отсутствии сил социального трения (которые мо-

---

<sup>1</sup> Leff A.A. Economic analysis of law: some realism about nominalism // Virginia Law Review. 1974. Vol. 60. № 3. P. 451–482.

<sup>2</sup> Round and Round the Bramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship // Harvard Law Review. 1982. Vol. 95. № 7. P. 1677.

гут быть познаны только при помощи обращения к изучающим их конкретным общественным наукам) само по себе стало важным этапом развития междисциплинарных исследований в сфере права.

Значение правового реализма и школы критических правовых явлений для экономического анализа права заключается в том, что оба этих направления в своем «негативном» компоненте за счет системной критики одностороннего догматического подхода к праву, его полной автономии и не подлежащей сомнению «внутренней рациональности» разрушили догматическую юриспруденцию в США. Несмотря на последующее охлаждение научного интереса к этим направлениям в научных кругах юриспруденция в США уже более никогда не возвращалась к идеям классической правовой мысли («механическая юриспруденция» К.К. Лэнгделла), которые были развенчаны раз и навсегда. Произошедшее в США отречение от доктринализма, достигнутая за счет критически-реалистических исследований дискреция правового формализма создали острую необходимость в заполнении содержательного вакуума, стимулировали поиск новой нормативной программы. Трансформация правовой науки, начатая в момент отказа от строго позитивистской догматики, не могла не привести к расцвету экономического анализа права в США.

Прочно укоренившееся понимание права с утилитаристских позиций в качестве инструмента достижения социальных целей способствовало обсуждению последствий того или иного законодательного решения. Отсюда следует активный поиск внеправовых критериев, экстерналистское понимание права, которое более не может восприниматься как автохтонная наука. Все это позволило экономическому анализу права, используя передовые микроэкономические наработки (ценовая теория, теория рационального выбора, понятия социальных издержек и альтернативного выбора), создать полноценную теоретическую модель реальности, заменившую догматизм. Вместе с тем, парадигма экономического анализа права является одновременно не только продолжением правового реализма, учения критических правовых исследований, но и реакцией на их идеи, наряду с

идеями школы правового процесса (legal process school), теории прав (rights theory), школы социологического анализа и т. п.

Нельзя не обратить внимания на тот факт, что в Европе уже в XIX веке существовал ряд правовых школ, которые среди прочего ставили своей целью показать, насколько выигрывает понимание права от использования экономических подходов и методов<sup>1</sup>. Значительное влияние на экономический анализ права оказали, в частности, такие континентальные теории права, как **социология права** (Д. Анцилотти, О. Эрлих, М. Вебер, Э. Дюркгейм, Л. Дюги) и **юриспруденция интересов** (Р. Иеринг). Социология права сконцентрировала познавательные усилия на исследовании вопроса о социальных условиях действия права. В этой части заметны определенные корреляции с правовым реализмом, поскольку оба учения смещают акцент исследований на «право в действии», его реальное выражение, практическую сторону вопроса. В результате формируется более широкий дискурс изучения права за счет включения в него неюридических условий действия права, закономерностей функционирования права в общесоциальном контексте, процесса движения от правовой нормы к ее воплощению в правомерном (или неправомерном) поведении.

Теория интересов рассматривает правовые решения как решения, принимаемые в интересах определенной социальной группы, что неминуемо влечет ущемление интересов иных социальных групп. Отсюда правоприменение может быть рассмотрено не только как процесс применения абстрактных предписаний, содержащихся в правовых нормах, к реальным жизненным ситуациям, но и как процесс распределения. «Односторонность чисто научной точки зрения, с которой теория рассматривает право, и которая сводится к тому, что право представляется не с его реальной стороны, как понятие силы, но преимущественно с его логической стороны, как система отвлеченных правовых положений, по мнению моему так извратило понятие права, что оно более не согласовывается с грубой действительностью»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Englard I. Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: A Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort // International Review of Law and Economics. 1990. № 10. P. 173–191.

<sup>2</sup> Иеринг Р. Борьба за право. М.: Типография Грачева, 1874. С. 14.

Кроме того, Р. Иеринг в развитие идей И. Бентама полагает, что наслаждение и страдание заставляют человека выполнять определенные действия. Интерес человека связывается им с природными целями, при этом природа «соблюдает экономию в наслаждении» и дает минимально необходимое количество и лишь при выполнении функций, которыми человек осуществляет какие-то цели природы. По мнению Р. Иеринга, этим природа показала человеку, как именно можно добиться содействия других людей при достижении своей цели и как соединить цель и интерес<sup>1</sup>.

Помимо течений социологии права и юриспруденции интересов, которые связаны с экономическим анализом права лишь косвенно, в Германии еще в XIX веке существовали исследования, которые могли бы стать пусковым механизмом для экономико-правовой революции, по силе сопоставимой с Чикагской школой. К сожалению, в силу комплекса причин эти исследования не легли на столь же благодатную почву, которая была уготована им позднее в США.

В первую очередь, речь, конечно же, идет о работах **Виктора Матайя (Victor Mataja)**, профессора политэкономии и министра торговли, в частности, о его монографии **«Право возмещения убытков с точки зрения политической экономии» (1888 год)** (*Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*). В этой работе новаторская для своего времени методология позволила В. Матайя прийти к выводам, предвосхитившим экономический анализ права XX века.

Путем *ex ante* анализа В. Матайя изучил стимулирующие эффекты деликтного законодательства. По своей эффективности действующий на тот момент принцип ответственности за вину ведет лишь к тому, что субъекты принимают меры предосторожности ниже социально оптимальных (никто не делает больше, чем требует закон). Принцип же строгой ответственности за причинение вреда в случае его закрепления в законодательстве позволил бы обеспечить оптимальный уровень предусмотрительности делинквента, ведь размер убытков был бы интернализован, а общие издержки стали ниже. В случае наступления форс-мажорных обстоятельств, за которые ни одна из сторон не отвечает, убытки должны быть отнесены не на претерпевшее их лицо, а на субъекта, находившегося в наилучшем положении до наступления

---

<sup>1</sup> См.: Иеринг Р. Цель в праве. СПб., 1881. Т. 1. 177 с.

убытков<sup>1</sup>. Фактически ход указанного рассуждения предвосхитил идеи Г. Калабрези о распределении неконтролируемого убытка между несколькими субъектами, исходя из уменьшения предельной полезности богатства.

Новаторство В. Матайя не осталось незамеченным среди ученых его времени, в том числе и за пределами немецкоязычных стран (например, его работой интересовались французский ученый Тэссэр, венгр Г. Мартон и т. д.). Экономические методы исследования уже были в достаточной мере развиты для их прикладного применения в рамках анализа права. В университете Вены преподавание дисциплин «право» и «экономика» осуществлялось на одном и том же факультете. Экономисты, например, Бем Баврек, отнеслись к работе Матайя с огромным интересом, верифицировали полученные юристом выводы, признали его вклад в развитие междисциплинарных исследований.

Поразительно, что при таком совпадении исходных условий, В. Матайя не придал экономическому анализу права того стимула, который дисциплина получила от Р. Познера в XX веке. Среди юристов сам ход рассуждений пионера экономического анализа права считался «ненормальным», рассмотрение юристом вопросов этики, политики и, наконец, экономики не допускалось. Доктринальная наука придерживалась строгой систематизации законодательства, когерентных способов токования права, что в целом вело к невосприимчивости к экономическим идеям, признание правоты которых неизбежно потребовало реформирования целого массива законодательства, пересмотра сложившейся судебной практики. С другой же стороны, предложения реформ, сформулированные при помощи экономического анализа права, шли вразрез с интересами правящих элит того времени (в отличие от благоприятной политической ситуации, сложившейся в США в период резкого взлета Чикагской школы)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Shavell S. Foundations of economic analysis of law. Harvard University press, 2004. P. 180.

<sup>2</sup> Глубокому анализу причин, по которым экономический анализ права получил свое максимальное развитие в США в XX веке, хотя имелись все предпосылки для его расцвета в континентальной Европе практически на век раньше, посвящена работа: Грехениг К., Гелтер М. Трансатлантические различия в правовой мысли: американский экономический анализ права против немецкого доктринализма // Вестник гражданского права. 2010. № 6. С. 207–278, переведенная на русский язык аспирантами кафедры гражданского права МГУ Е.С. Чиликовым и И.С. Чупруновым.

Как мы установили выше, важнейшей предпосылкой для успешного развития экономического анализа права в США явилась беспощадная критика правовой догматики со стороны правового реализма и школы критических правовых исследований, базировавшаяся на прочной основе широко поддержанной философии утилитаризма, что в итоге расчистило дорогу экстерналистским подходам в юриспруденции. В Германии на схожую роль претендовала **школа свободного права** (Г. Канторович, Г. Радбрух, Е. Эрлих, Дж. Эссер), так и не сумевшая сломить доминирование правовой догматики на континенте.

Школа свободного права, получившая свое название благодаря речи Е. Эрлиха, произнесенной в 1903 году, начала свое развитие в конце XIX века, а наибольший ее расцвет пришелся на годы, предшествовавшие Первой мировой войне. В работе Г. Канторовича «Борьба за правовую науку» (1906 год) судебные решения оцениваются как результат субъективного усмотрения судьи, который в процессе рассмотрения конкретного спора сначала принимает решение по существу, и лишь затем отыскивает для него подходящее правовое обоснование. Методологической основой включения личных предпочтений судьи в основу принимаемых им решений стала герменевтика. Краеугольные камни правовой позитивистской догматики, такие как правовая определенность и однозначность судебной практики, критически оценивались сторонниками школы свободного права. Даже объективное толкование – установление единственного значения правовой нормы – представлялось идеализацией. В качестве предложения свободной школы значились опора на фактологический материал и призыв к междисциплинарным исследованиям.

Однако скорый приход к власти фашистского режима в совокупности с еврейским происхождением многих сторонников школы свободного права предопределил ее будущее. Правовая догматика на континенте так и не получила столь сокрушительного удара, который нанес ей правовой реализм в США, еще и по той причине, что признанию утилитаристских идей препятствовала немецкая классическая философия идеализма. В философских построениях И. Канта идеи максимизации богатства или концепция гиперболизации экономической эффективности

просто не могли найти себе достойного места. Интерналистский подход к законотворчеству и толкованию правовых норм после окончания Второй мировой войны вновь занял центральное место в юридическом инструментарии на континенте.

Школа свободного права смогла только на время и лишь в определенной степени снизить влияние правового формализма. Только самые экстремальные его проявления были в достаточной степени дискредитированы. Серьезного влияния на правоприменительную практику, хотя бы частично сравнимого с успехами правового реализма и утилитаризма в США, школа свободного права не оказала. В итоге ряд представителей школы свободного права примкнул к интерналистской школе *Interessenjurisprudenz* (основатель – Ф. Хек), прямо отрицавшей необходимость междисциплинарных исследований и отстаивавшей полную автономность правовой науки.

В российской науке в начале XX века также наблюдались лишь робкие попытки отхода от использования в качестве единственной методологии юридических исследований историко-догматического метода. Например, в сфере частного права **Л.И. Петражицкий** предпринял попытку создания такой научной дисциплины, как «**политика права**»<sup>1</sup>, призванной дополнить догматическую юриспруденцию методологией, обеспечивающей возможность анализа позитивного права с точки зрения конечных целей правового регулирования (*de lege ferenda* анализ). По мысли ученого, политика гражданского права должна была заменить методологию естественного права, несколько утратившую свою привлекательность в связи с усложнением общественных отношений. В изменившихся условиях существенное значение приобрели такие факторы, как децентрализация экономической жизни и свобода договора. Вероятно, выдающийся российский цивилист мог бы выступить проводником идей экономического анализа права в России, однако после Первой Мировой войны интерес к либеральным научным учениям угас, так и не развившись в широко поддерживаемое научное течение. В своих работах по политике гражданского права Л.И. Петражицкий скорее в духе правового реализ-

---

<sup>1</sup> См.: Петражицкий Л.И. Введение в науку политики права // Петражицкий Л.И. Теория и политика права. Избранные труды. СПб., 2010. С. 3–187.



ма призывал к необходимости выхода из клетки правовой догматики, изучении широкого социального контекста и действительной жизни права для получения подлинного научного знания, чем предлагал законченную методологию *de lege ferenda* анализа.

Очевидно, что экономический анализ права заимствует концепции и методы из «материнской» науки, которой все же является для него экономика. В то же время уже в ранних работах, написанных **до момента возникновения экономики** как самостоятельной научной дисциплины, можно обнаружить концептуальные предпосылки применения экономических методов исследования к правовой реальности. Так, английский публицист Бернард Мандевиль провел мысленный эксперимент, предприняв попытку моделирования идеального общества, в котором бы отсутствовала безнравственность, жажда наживы и неуважение к закону. В своем произведении «Басня о пчелах» (1705 год) он пришел к неожиданному для своего времени выводу, получившему название «парадокс Мандевиля», заключавшемся в том, что достижение обществом экономического благосостояния невозможно без существования в нем преступности, которая необходима в той же мере, что и правомерная рыночная деятельность. Б. Мандевиль выдвинул гипотезу, согласно которой эгоистическая жажда наживы является общей основой и для торговли (рынка), и для преступности, следовательно, в обществе, где она искоренена, невозможен экономический рост<sup>1</sup>.

Несмотря на то, что родоначальник экономики Адам Смит в «Теории нравственных чувств» (1759 год) критиковал «парадокс Мандевиля» за аморальность, он же в «Богатстве народов» (1776 год), рассматривая вопрос о влиянии права на эгоистические интересы индивидов, писал, что «преследуя свои собственные интересы, человек часто более действенным образом служит интересам общества, чем тогда, когда сознательно стремится делать это»<sup>2</sup>. При этом считается, что именно А. Смит впервые показал влияние права на эгоистических ин-

<sup>1</sup> См.: Мандевиль Б. Басня о пчелах, или Пороки частных лиц для блага общества. М.: Наука, 2000. 291 с.

<sup>2</sup> История экономических учений / под ред. В. Автономова, О. Ананьина, Н. Макашевой. М.: ИНФРА-М, 2003. С. 6.

дивидов, а вместе с этим и воздействие правовой системы на экономику, обозначив при этом значение институтов<sup>1</sup>. Развитие тезиса о значении институтов, зависимости права от экономических и социальных условий можно обнаружить и в работе Карла Маркса «Капитал» (1867 год), олицетворяющей классическую политическую экономию. Идеи К. Маркса оказали существенное влияние на все последующие работы, посвященные вопросам взаимодействия права и экономики, поскольку они открыли возможность инструментального подхода к их решению. В то же время в центре собственно экономического анализа права в дальнейшем стали находиться преимущественно отношения распределения, а не производственные отношения.

Наконец, существенное влияние на становление экономического анализа права оказали такие течения экономической мысли, как **«новая» историческая школа (В. Зомбарт, Г. Шмоллер, М. Вебер, Л. Брентано, К. Бюхер) и «старый» институционализм (Т. Веблен, Дж. Коммонс, Дж. Гэлбрейт)**. Обе школы нацелены на «замещение узкой утилитаристской модели homo economicus более широкой интерпретацией, основанной на междисциплинарном подходе (социальная философия, антропология, психология), и обращение экономической теории к социальным проблемам с целью использовать ее как инструмент реформ»<sup>2</sup>.

Новая историческая школа представляет собой сложившееся в 70–80-х годах XIX века и развивавшееся преимущественно в Германии до 30-х годов XX века направление экономической науки, построенное на критике марксизма. Экономические явления рассматриваются здесь через призму этики и психологии, причем последние расцениваются не как оказывающие влияние на экономические явления факторы, но как равнозначные самой экономике элементы. Историческая школа настаивает на том, что экономические и юридические законы не универсальны, а напрямую зависят от конкретной исторической ситуации в стране. Отсюда тяготение к индуктивным, эмпирическим методам исследования. Так, Г. Шмоллер, поле-

<sup>1</sup> См.: Шмаков А.В. Экономический анализ права: учебное пособие. – Новосибирск: Изд-во НГТУ, 2005. Ч. 1. С. 6.

<sup>2</sup> Mercuro N., Medema S.G. Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond. Princeto, 2006. P. 313.

мизируя с Карлом Менгером<sup>1</sup>, отстаивал необходимость использования исторического метода исследования, который дает любой теории столь необходимый описательный, опытный и эмпирический материал, являющийся ее фундаментом, и чем полнее собран такой материал, тем точнее, обоснованнее и богаче сама теория. С точки зрения Г. Шмоллера, хозяйственная жизнь определяется не только естественными и техническими, но и моральными факторами, которые не могут быть проигнорированы наукой.

Институционализм акцентирует внимание на трансакции, а не на индивиде, поскольку считает именно трансакцию «единицей деятельности», которая обладает, по Дж. Коммонсу, принципами «конфликта, взаимной зависимости и порядка», позволяющими исследовать взаимодействие права и экономической теории. Несмотря на распространенное мнение о том, что «институционализм является не более чем полезным направлением критики основного русла экономической теории»<sup>2</sup>, именно на базе неоинституциональных идей сейчас строит свои исследования передний край дисциплины экономика права. Институционализм отверг предпосылку классического (маржинального) подхода о рациональном эгоизме индивида, являющуюся доминантной идеей. В организации рынков и обмене институционалисты видят не только лишь способ примирения индивидуальных оценок полезности, но также и правовую, идеологическую базу совершаемых агентами трансакций. Отсюда следует положительная оценка вмешательства государства в регулирование рынков (контроль минимальных зарплат, регулирование монополий). Идеями институционалистов вдохновлялись впоследствии такие идеологи экономического анализа права, как О. Уильямсон, М. Риццо и Г. Калабрези. Основой для Чикагской школы экономического анализа права послужила **неоклассическая экономическая модель** (М. Фридман, П. Самуэльсон, А. Пигу и др.).

<sup>1</sup> Шмоллер Г. К методологии общественно-политических и социальных наук / пер. с нем. Д.А. Шевченко; науч. ред. В.М. Ефимов // TERRA ECONOMICUS. 2011. Т. 9. № 13. С. 31–49.

<sup>2</sup> Veljanovski S. The economics of law. The Institute of Economic Affairs, 2006. P. 17.

## § 2. Классический этап развития учения «Law and Economics»

Период наибольшего интереса к экономическому анализу права охватывает достаточно широкий временной пласт, начиная с 1940-х годов и вплоть до конца 1970-х годов, на протяжении которого именно эта дисциплина являлась своеобразным локомотивом прогресса для всех общественных наук в англоговорящих странах. Учитывая столь стремительное развитие, огромное количество публикаций по теме, содержание самого экономического анализа права в этот период также интенсивно видоизменялось, постепенно вовлекая в свою орбиту все новые и новые области.

С целью акцентирования внимания на границах познавательной области экономического анализа права большинство исследователей данной проблематики (Р. Познер<sup>1</sup>, Н. Меркуро и С. Медема<sup>2</sup>, Ц. Вельяновски<sup>3</sup>) разделяют «старую» и «новую» экономику права. Кроме того, с точки зрения преобладания монистических или плюралистических тенденций в организации экономико-правового знания выделяется экономика права «первой» и «второй» волны» (Е. Маккей, А. Бальсевич, М. Ричардсон)<sup>4</sup>.

Для такого деления характерно понимание «старой» экономики права как более узкой дисциплины, традиционно ограниченной в первую очередь исследованием исключительно рыночного механизма, собственно «экономических» отраслей права (антитрастовое законодательство, конкурентное право, законодательство о собственности и т. д.). В противоположность этому, «новая» экономика права потенциально включает в свой исследовательский горизонт любое поведение, подлежащее правовому регулированию, выявляя в нем экономическую составляющую, которая берется за основу анализа и считается определяющей.

К классическому экономическому анализу права, на наш взгляд, относится период с 1940-х годов и вплоть до конца 1970-х годов XX века, на протяжении которого

---

<sup>1</sup> Posner R. The Economic Approach to Law // Texas Law Review. 1975. № 53. P. 758.

<sup>2</sup> Mercurio N., Medema S.G. Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond. Princeton, 2006. P. 193.

<sup>3</sup> Veljanovski C. The economics of law. The Institute of Economic Affairs, 2006. P. 7.

<sup>4</sup> Необходимо отметить, что некоторые ученые, например, Н. Дюксбери, считают различие между «старой» и «новой» экономикой права преувеличенным и не имеющим познавательной ценности (Duxbury N. Patterns of American Jurisprudence. Oxford, 1995. P. 340).

произошел переход от «старого» экономического анализа к «новому», получившему вид законченной экономической теории права в работах Р. Познера. Чикагская школа экономического анализа является наиболее развитой формой в рамках первой волны экономического анализа права. Для нее характерен прочный концептуальный каркас из ценовой теории, теории рационального выбора и экономической эффективности в качестве критерия оценки законодательных предписаний.

Завершение классического периода в развитии экономического анализа права мы связываем с переходом от более или менее единой, ортодоксальной методологии Чикагской школы, к новому витку плюралистических исканий второй волны. Вновь актуализировавшиеся поиски границ дисциплины и наиболее релевантной экономической методологии в определенной степени поспособствовали расколу внутри экономического анализа права.

## **2.1. Первая волна интереса: «старый» экономический анализ**

Большинство ученых солидарно в вопросе выявления точки отсчета начала периода «классической» экономики права<sup>1</sup>. Начало этого периода прочно ассоциируется с именем экономиста Аарона Директора<sup>2</sup>, который в начале 1940-х годов пришел работать на факультет права Чикагского университета, став вторым после Генри Симонса экономистом, нанятым для работы на этом факультете. Первоначально работа А. Директора была сконцентрирована на такой области, как антитрестовое законодательство. В условиях, сформировавшихся в стране в результате Великой депрессии и Нового курса (Ф.Д. Рузвельт), общепринятым считалось убеждение, согласно которому эффективная конкуренция невозможна без тотального государственного регулирования и надзора. А. Директор наглядно демонстрировал студентам-юристам, что в большинстве случаев этот тезис ничем не подкреплён, а зачастую и контрпродуктивен, монополия не внушает доверия

<sup>1</sup> Под термином «классическая» экономика права здесь и далее автор понимает собирательно как «старую», так и «новую» экономику права, в период своего наиболее яркого развития, наибольшего количества сторонников, учитывая такой системообразующий фактор, как развитие на базе идей Чикагской школы (включая и работы ее сторонников, и критические работы, нарратив которых все равно строится вокруг идей Чикагской школы, хоть и подаваемых критически).

<sup>2</sup> Duxbury N. Patterns of American Jurisprudence. Oxford, 1995. P. 301–421.

потребителям. Сам метод рассуждений А. Директора привлекал к себе внимание юристов и привел к формированию вокруг него целой группы ученых, использовавших для решения правовых кейсов экономику, настаивавших на проведении эмпирических исследований, и выдвижению проверяемых предположений. Все это оказало существенное влияние на формирование целого поколения ученых, включая Р. Борка и Р. Познера.

Важнейшей заслугой А. Директора, на наш взгляд, стало то, что он сумел привлечь интерес юристов к экономическому анализу права, наглядно продемонстрировав преимущества, которые дает применение его методологии и инструментария. Именно благодаря этому стали появляться исследования не только антитрестового законодательства, но и таких областей, как корпоративное право, банкротство, проблемы федерализма и т. д. Многие работы этого периода дали начальный импульс для развития новых направлений исследований в рамках экономико-правовой традиции, так, например:

- в работах Дункана Блэка (1948, 1958 годы) по комитетам и выборам в Британии<sup>1</sup> заложены основы теории общественного выбора. При этом колоссальное влияние на школу общественного выбора оказала также экономическая теория демократии Э. Даунса (1957 год)<sup>2</sup>, написанная им в духе экономики политических институтов, на базе которой затем Дж. Бьюкенен и Г. Таллок создали хрестоматийный труд «Расчет согласия: логические основания конституционной демократии» (1962 год)<sup>3</sup>, вплоть до настоящего времени считающийся основополагающим для теории общественного выбора;
- одной из первых работ по экономике окружающей среды можно считать исследование Скота Гордона по управлению дефицитными ресурсами, находящимися в общественной собственности (1954 год)<sup>4</sup>;

<sup>1</sup> Black D. The Rationale of Group Decision-Making // Journal of Political Economy. 1948. № 56. P. 23–34; Black D. The Theory of Committees and Elections. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

<sup>2</sup> Downs A. An Economic Theory of Democracy. New York: Harper and Row, 1957.

<sup>3</sup> Buchanan J.M., Tullock G. The Calculus of Consent – Logical Foundations of Constitutional Democracy. Ann Arbor. The University of Michigan Press, 1962.

<sup>4</sup> Gordon H.S. The Economic Theory of a Common Property Resource: The Fishery // Journal of Political Economy. 1954. № 62. P. 124–142.

- труд Тибо, посвященный исследованию конкуренции местных органов власти за право расходования денег налогоплательщиков (1956 год)<sup>1</sup>, фактически заложил фундамент последующих исследований того, что называется сейчас экономикой федерализма;
- А. Плант уже в этот период рассматривает экономическое содержание интеллектуальной собственности (1953 год)<sup>2</sup>.

Кроме того, к рассматриваемому периоду относится обсуждение написанной чуть раньше, в 1937 году, работы Р. Коуза о природе фирмы<sup>3</sup>. Уже в ней Р. Коуз затронул принесшую ему в дальнейшем мировую известность тему трансакционных издержек, которые существенно затрудняют обмен на свободных рынках, что в свою очередь оказывает существенное влияние на формы экономической организации и роль права в укреплении и регулировании экономической деятельности. В работе «Природа фирмы» Р. Коуз утверждал, что отличительной чертой фирмы является вытеснение ценового механизма (все факторы производства подчиняются личному указанию предпринимателя), что не принимается во внимание неоклассической моделью рынка, основанной на «статической модели равновесия». Р. Коуз предложил модель «подвижного равновесия», согласно которой фирма удерживается юридическим контрактом предпринимателя с каждым из собственников факторов производства (сотрудников фирмы), благодаря которому он имеет доступ к этому фактору в оговоренных пределах без постоянного проведения переговоров (сокращение издержек), причем фирма будет расширяться до тех пор, пока издержки на организацию одной дополнительной трансакции внутри фирмы не сравняются с издержками на ее организацию на открытом рынке или в другой фирме.

Хотя работа «Природа фирмы» не вызвала после своей публикации такой ошеломляющей мгновенной реакции, которую вызвала затем статья «Проблема

<sup>1</sup> Tiebout C.M. A Pure Theory of Local Expenditures // Journal of Political Economy. 1956. № 64. P. 416–424.

<sup>2</sup> Plant A. The New Commerce in Ideas and Intellectual Property. London. University of London, 1953. А также написанная несколько раньше работа: Plant A. The Economic Aspects of Copyright in Book // Economica. 1934. № 1. P. 167–195.

<sup>3</sup> Coase R. The Nature of the Firm // Economica. 1937. № 4. P. 33–55.

социальных издержек» (1960 год), сейчас она занимает центральное место в теории отраслевых рынков. К тому же логика исследования автора, его основные идеи в полной мере уже содержатся и в этой ранней работе, что позволяет нам говорить о ней как о важной вехе перехода от «старой» школы к «новой» школе экономического анализа.

В сущности, не было бы ошибкой назвать весь исторический период до начала 1960-х годов «старой» экономикой права (а не только с 1940-х годов, как это сделано в настоящей работе), однако такой подход нивелировал бы многие значимые ранние этапы развития идей направления от их исходного, неразвитого состояния до вполне стройной системы теорий, пусть и ограниченной рамками в основном только рыночных явлений и механизмов.

В период 1940-х – 1960-х годов экономический анализ права уже обладает своими классическими чертами. Исследовательское ядро формируется вокруг Чикагской школы, экономические концепции анализа права, хотя в большинстве своем и не выходят за рамки анализа рынков, но, тем не менее, обнаруживают собственные пределы, ограничения и стремятся к их преодолению путем выдвижения новых идей или модернизации устоявшихся, казалось бы, подходов.

Назвать точную дату, которая позволяет окончательно разделить экономический анализ права на «старый» и «новый», на наш взгляд, невозможно, да это и не требуется. В качестве условного маркера в литературе предлагается использовать 1958 год, как год основания журнала «Law and Economics», первым главным редактором которого стал А. Директор (затем его место занял Р. Коуз). Принципиально не возражая против такого подхода, признавая значимость для формирования новой дисциплины своего периодического печатного издания, хотелось бы подчеркнуть очевидную условность такой точки зрения. Прямая зависимость между основанием официального издания и сломом парадигмы в умах исследователей, конечно, отсутствует. Кардинальному расширению исследовательского горизонта в значительной степени поспособствовали, скорее, написанные примерно в то же время монография Гэри Беккера о расо-



вой дискриминации (1957) год<sup>1</sup>, первая статья Гвидо Калабрези о деликтном праве (1961 год)<sup>2</sup> и, наконец, программная статья Нобелевского лауреата Р. Коуза, посвященная проблеме экстерналий (1960 год)<sup>3</sup>. В итоге был задан новый вектор развития учения, и, благодаря волне интереса к нему в целом можно констатировать начало процесса выхода «Law and Economics» за пределы «старого» узкого варианта.

## 2.2. «Новый» экономический анализ

Ричард Познер как-то отметил, что считает основателями «новой экономической теории права» именно Р. Коуза, Г. Калабрези и Г. Беккера. И хотя сам Р. Коуз утверждает, что его «вклад в развитие экономического анализа права в значительной степени преувеличен, поскольку его интересы всегда лежали в плоскости экономики, в силу чего были в чем-то даже противоположны интересам Р. Познера»<sup>4</sup>, рассмотрение нового экономического анализа права необходимо начать с его концептуальных экономических основ, важнейшей из которых, несомненно, является «теорема Коуза»<sup>5</sup>.

Работа **Р. Коуза** «Проблема социальных издержек» (1960 год) посвящена критике государственного вмешательства путем введения пигувианских налогов как единственного способа интернализации внешних эффектов (экстерналий)<sup>6</sup>, предлагаемого в качестве корректировки «провалов рынка» (market failure). Р. Коуз, являвшийся сторонником модели частной кооперации, поставил своей целью

<sup>1</sup> Becker G. The Economics of Discrimination. Chicago: University of Chicago Press, 1957.

<sup>2</sup> Calabresi G. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts // Yale Law Journal. 1961. № 70. P. 499–533.

<sup>3</sup> Coase R. The Problem of Social Cost // Journal of Law and Economics. 1960. Vol. 3. P. 1–44.

<sup>4</sup> Coase R. Law and economics at Chicago // Journal of Law and Economics. 1993. Vol. 36. № 1. P. 239–254.

<sup>5</sup> С.В. Третьяков указывает, что теорема Коуза наряду с неоклассической ценовой теорией и моделью Г. Беккера является неотъемлемой частью классической Чикагской ортодоксии.

<sup>6</sup> Внешним эффектом является влияние деятельности одной стороны на благосостояние другой стороны, которое может быть как положительным (например, опыление фруктовых деревьев соседом пчелами пасечника), так и отрицательным (например, шум или загрязнение от завода). С точки зрения юриспруденции, понятия экстерналий не существует, поскольку оно охватывает собой как законную, так и незаконную деятельность, игнорируя проблему правомерности. Под интернализацией понимается превращение внешних эффектов в частные издержки.

показать, что государственное вмешательство (всегда осуществляемое в правовой форме и часто путем введения налога) зачастую не оказывает подразумеваемого положительного влияния на рыночную ситуацию и не в состоянии регулировать провалы рынка, поскольку рационально действующие экономические агенты путем взаимовыгодного обмена сами найдут наиболее эффективное решение проблемы. Более того, если бы законодатель обладал достаточным объемом информации о регулируемых общественных отношениях, то введение налога вообще не потребовалось бы, так как величина налога, которым облагается создатель внешнего эффекта, должна быть равна социальным издержкам деятельности предприятия. Однако такой достоверной информацией законодатель не обладает, иначе он мог бы просто отрегулировать саму деятельность, создающую внешний эффект без помощи налогообложения (например, лимитировать допустимое загрязнение).

Теорема Коуза гласит, что если права собственности четко определены и вытекающие из них правомочия можно свободно обменивать, а транзакционные издержки (сбор информации, ведение переговоров, реализация права) равны нулю, то размещение ресурсов будет эффективным и неизменным, каким бы не было первоначальное распределение прав собственности. Отсюда следует, что «во Вселенной Коуза» (в мире нулевых транзакционных издержек и свободной, полной и доступной информации) первоначальное законодательное распределение прав собственности<sup>1</sup> (юридическая структура соответствующего правоотношения) не влияет на: а) эффективность размещения ресурсов – при конфликте в использовании ресурса контроль получает более экономически эффективный агент (тезис об эффективности); б) на само размещение ресурсов, экономический результат, который останется прежним (тезис об инвариантности). Сказанное касается лишь тех прав собственности, в отношении которых возможно совершение сделок.

Таким образом, выбор правовой нормы только перераспределяет между сторонами доход на величину наиболее дешевого способа решения проблемы, но

---

<sup>1</sup> В рамках экономического анализа права, в частности, в рамках Чикагской школы, «права собственности» понимаются не так, как в рамках классической юриспруденции, включая в себя скорее исчерпывающую определенность характера и объема возможностей поведения, принадлежащего лицу.

не влияет на эффективность результата. Особый же интерес для понимания Чикагской методологии представляет изучение роли правового механизма в решении вопросов экстерналий.

Проиллюстрируем сказанное примером<sup>1</sup>. Предположим, что рядом с фабрикой, являющейся источником дыма, проживают пять жителей, которым фабрика наносит ущерб, поскольку они не могут вывешивать свое белье сушиться (пусть величина ущерба составляет по 75 долларов на каждого, а всего 375 долларов). Будем считать, что устранение ущерба возможно двумя способами: 1) установкой поглотителя дыма на трубе фабрики (цена 150 долларов); 2) установкой сушилки каждым из жителей (цена по 50 долларов за штуку, всего 250 долларов). Очевидно, что наиболее эффективный способ решения проблемы в рассматриваемом случае – это установление поглотителя дыма на трубе фабрики, поскольку он позволяет устранить ущерб величиной в 375 долларов, понеся издержки в размере 150 долларов.

Теперь посмотрим, влияет ли первоначальное распределение права собственности (фабрика имеет право на загрязнение окружающей среды, или, напротив, жители имеют право на чистый воздух) на достижение эффективного результата решения проблемы. Если жители наделены правом на чистый воздух (вправе запретить фабрике вредное воздействие), то фабрика будет вынуждена либо компенсировать ущерб жителям (издержки 375 долларов), либо купить жителям сушилки (издержки 250 долларов), либо установить поглотитель дыма (издержки 150 долларов). Очевидно, что фабрика выберет самый эффективный вариант решения проблемы и установит поглотитель дыма. Если фабрика, наоборот, вправе безнаказанно загрязнять окружающую среду, то уже перед жителями встанет вопрос выбора одной из трех альтернатив: либо нести ущерб (375 долларов), либо купить сушилки (250 долларов), либо же за свой счет установить на фабрике поглотитель дыма (150 долларов). Вероятнее всего, что жители также выберут установку поглотителя дыма и договорятся с фабрикой о его установке. Следовательно, при нулевых трансакционных издержках (жители могут бесплатно и свободно

---

<sup>1</sup> Polinsky M. An introduction to law and economics. 2-d ed. Boston, 1989.

договариваться как между собой, так и с фабрикой) эффективное решение не будет зависеть от первоначального распределения прав.

Однако в реальном мире транзакционные издержки всегда положительны и это оказывает непосредственное влияние на решение проблемы. Предположим, что транзакционные издержки встречи жителей между собой для выработки единой позиции составляют 60 долларов для каждого (учитывая удаленность, необходимость организации встречи, транспорт, потерянное время и т. д.). В таком случае, если право на чистый воздух принадлежит жителям, фабрика вновь выберет эффективное решение, но если фабрика вправе загрязнять окружающую среду, то результат выбора жителей перестанет быть эффективным. Вместо совместной установки поглотителя дыма, сопряженной с транзакционными издержками каждого в размере 60 долларов, жителям теперь выгоднее отказаться от координации и просто купить сушилку за 50 долларов, хоть это и не самый эффективный вариант.

На приведенном примере можно убедиться в том, что правовая система нейтральна по отношению к системе экономической, не влияет на экономическую эффективность. Теорема Коуза показывает, что распределение прав является только началом процесса распределения, который действует через рынок, и позволяет путем построения модели с нулевыми транзакционными издержками обмена ресурсами выявить экономическое содержание правовых норм в реальных условиях (при положительных транзакционных издержках). Самим Коузом неоднократно при этом подчеркивалась важность точного первоначального определения прав и полная предсказуемость результатов обращения в суд.

Таким образом, Р. Коузом была заложена важнейшая концептуальная основа всего экономического анализа права, поскольку он создал модель, базовую схему анализа взаимодействия права и хозяйственной деятельности, которое происходит на трех уровнях:

1. Государство может способствовать совершению частных сделок посредством создания их предметного поля путем институционализации прав собственности.
2. Юридическая ответственность может способствовать повышению эффективности в тех случаях, когда сделки не позволяют достичь подобного результата

или попросту невозможны (в частности, из-за высоких транзакционных издержек). С этой точки зрения существенное значение в процессе экономического распределения ресурсов имеют органы судебной системы, которые посредством вынесения судебных решений могут обеспечить экономическую эффективность либо, напротив, воспрепятствовать достижению. Вопрос о том, каким именно образом суды должны достигать целей эффективности, остался у Р. Коуза открытым, однако немного позднее по нему с блеском высказался Р. Познер (мы рассмотрим его позицию далее).

3. Посредством запретов и иных методов правового регулирования государство имеет возможность оказывать влияние на саму частную деятельность, ограничивая ее масштабы<sup>1</sup>.

Представляется необходимым отдельно подчеркнуть, что Р. Коуз никогда не говорил о необходимости полностью «отпустить рынок», прекратить его правовое регулирование, но рассматривал необходимость решительно отказаться от инфантильного представления об автоматическом характере действия правовой нормы, а вместо этого рассмотреть весь процесс взаимодействия правовой нормы с хозяйственной жизнью и четко обосновать превосходство того или иного метода правового вмешательства в конкретную ситуацию, всякий раз сравнивая его с другими способами регулирования.

Научное осмысление следствий из теоремы Коуза дало значительный толчок развитию исследований в области экономического анализа права. Именно на базе интерпретаций теоремы, казалось, можно выявить задачи, объективно стоящие перед правовой системой в рамках достижения эффективности системы экономической. Однако сами следствия из модели Р. Коуза неоднородны. Так, Р. Кутер предложил три интерпретации теоремы:

1. Первоначальное закрепление прав является только необходимым предварительным условием для начала обмена, поэтому наиболее важным является именно обеспечение свободного обмена, для чего правовое регулирование

---

<sup>1</sup> См.: Дикин С. Современное движение права и экономики. Анализ и оценка // Истоки. М.: ИД ГУ-ВШЭ, 2000. Вып. 4. С. 192.

должно концентрироваться на снижении барьеров и создании максимально широкого поля действия для полностью определенных прав собственности и свободы заключения договоров.

2. Положительные транзакционные издержки являются неотъемлемой частью любой реально действующей экономики, их полное устранение невозможно, поэтому задача правового регулирования заключается в снижении таких издержек, а также наиболее точном определении прав собственности и ответственности.

3. На совершенно конкурентном рынке спецификация прав и юридическая ответственность не играют никакой роли, а эффективные варианты аллокации определяет сам рынок, поэтому задачей правового регулирования является создание такого рынка, его активное формирование посредством обеспечения максимального количества продавцов и покупателей<sup>1</sup>.

Значительный интерес к теореме Коуза привел к тому, что появились и ее различные формулировки<sup>2</sup> в зависимости от отрасли права, для которой она формулировалась:

- общая «нормативная» формулировка – при положительных транзакционных издержках эффективность конечной аллокации ресурсов зависит от правового регулирования, поэтому при выборе правовой нормы предпочтение следует отдать такому распределению прав, которое позволяет снизить влияние издержек;
- вариант для деликтного права – ответственность за несчастный случай должна нести та сторона, которая могла бы избежать его с наименьшими издержками;
- вариант для договорного права – издержки нарушения договора необходимо возложить на контрагента, который имеет возможность наилучшим образом застраховаться от неисполнения.

Интересно, что теоретическая и по своей сути экономическая теорема Коуза активно используется в практической деятельности американскими судами для

---

<sup>1</sup> Cooter R. Cost of Coase // Journal of Legal Studies. 1982. Vol. 11. P. 64.

<sup>2</sup> Необходимо заметить также, что сама «Теорема Коуза» сформулирована вовсе не Р. Коузом, а Стиглером в работе «Ценовая теория» (The Theory of Price) (1966 год) из промежуточных рассуждений Коуза в статье «Проблема социальных издержек» (1960 год).

решения вполне реальных споров. Так, к началу 1990-х годов было зафиксировано 8 таких ссылок в решениях судов штатов, 17 ссылок – в решениях апелляционных судов и даже одна ссылка в решении Верховного суда США<sup>1</sup>.

Идеи Р. Коуза наглядно продемонстрировали научной общественности возможности экономического анализа, что в свою очередь вывело все направление на новый уровень, обеспечив ему, наконец, серьезный интерес и со стороны юридического сообщества. Так, статья **Г. Калабрези** по проблематике деликтного права<sup>2</sup> (ставшая своеобразной подготовкой к его основной работе «Издержки несчастных случаев» (1970 год)<sup>3</sup>) была адресована уже чисто юридической аудитории. В ней автор предпринял попытку критического анализа правового регулирования деликтов (tort law) с позиций экономической теории. Такой подход позволил ему осветить проблему гражданских правонарушений под несколько непривычным юристам углом поиска путей не только справедливого распределения ущерба (убытков) от несчастных случаев, но и связанного с этим сокращения издержек. Традиционно в центре внимания юристов и законодателя находилась только жертва несчастного случая и ее имущественные потери. Вместе с тем, для общества в целом принципиальное значение имеют издержки, сопряженные с избеганием несчастных случаев, а также издержки, сопряженные с управлением компенсационной системой.

В этом контексте экономической эффективности особое звучание приобретает проблема выявления стороны, на которую законодателю целесообразно в первую очередь возложить ответственность за ущерб от гражданского правонарушения или несчастного случая. На решении этой проблемы Г. Калабрези сконцентрировал свой нормативный анализ, исходным тезисом которого явилась идея об эффективной аллокации ресурсов, которая так или иначе должна быть обеспечена посредством правового регулирования ответственности за ущерб, возникший

---

<sup>1</sup> Такие данные приводит проф. Р. Капелюшников в комментарии к статье: Дикин С. Современное движение права и экономики. Анализ и оценка // Истоки. М.: ИД ГУ-ВШЭ, 2000. Вып. 4. С. 192.

<sup>2</sup> Calabresi G. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts // Yale Law Journal. 1961. № 70. P. 499–533.

<sup>3</sup> Calabresi G. The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis. New Haven, 1970. 340 p.

в результате деликта. С точки зрения совершенных рынков, принимая решение о том, возложить ли издержки несчастного случая на пострадавшего или, наоборот, перераспределить их полностью или в части (например, только реальный ущерб, исключая упущенную выгоду), необходимо определить, какая из сторон могла бы с наименьшими издержками предотвратить потери (избежать несчастного случая). В качестве основного критерия предлагается использовать расчеты (хотя бы приблизительные), позволяющие исключить из числа потенциальных лиц те группы, которые в любом случае не имеют возможности обеспечить избежание ущерба иначе как посредством собственных чрезмерных издержек<sup>1</sup>. Дополнительно к этому следует проводить оценку администрирования принятого решения. Наконец, в любом случае убытки целесообразно возложить на ту сторону, которая может исправить любую ошибку аллокации за счет поглощения деятельности тех, кому причинен ущерб, иначе говоря, значение имеет способность стороны выплатить отступные, или попросту выкупить убытки<sup>2</sup>. Позднее, руководствуясь этой идеей, профессор В. Бакстер высказал предложение о необходимости закрепления в законодательстве обязанности владельца аэропорта выкупать земельные участки в пределах всего основного шумового контура<sup>3</sup>.

Подход Г. Калабрези можно охарактеризовать как поиск наиболее состоятельного ответчика (или «наилучшего взяточдателя» (the least cost avoider)) или стороны, которая с позиций экономического анализа имеет наилучшие возможности для запуска рыночных механизмов перераспределения. В качестве примера можно привести деятельность промышленного предприятия, неизбежно связанную с загрязнением окружающей среды. При осуществлении такой деятельности целесообразно предоставить жителям «право на чистый воздух» (предприятие без труда «выкупит» его посредством компенсаций), вместо того, чтобы давать предприятию «право на загрязнение» (которое жители почти со стопроцентной вероятностью даже не попытаются выкупить).

---

<sup>1</sup> Calabresi G. The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis. New Haven, 1970. P. 140–143.

<sup>2</sup> Ibid. P. 150–142.

<sup>3</sup> Baxter W., Altree L. Legal aspects of airport noise // Journal of Law and Economics/ 1972. Vol. 15. P. 69–82.



Примером применения критериев Калабрезе в правоприменительной практике можно назвать дело «Юнион ойл компани против Оппена» по иску рыбаков, занимавшихся коммерческим промыслом, обратившихся с требованием о взыскании ущерба к нефтяным компаниям, допустившим утечку нефти по неосторожности<sup>1</sup>.

В целом существующая система правового регулирования гражданских правонарушений оценивается Г. Калабрезе неудовлетворительно, причем и с точки зрения распределения убытков, и с точки зрения контроля издержек. С точки зрения экономического анализа права, система не оптимальная и ее дизайн нуждается в существенной переработке в соответствии с критерием эффективности. Важно отметить, что Г. Калабрезе не отстаивает при этом приоритет рынка, более того, он указывает, что если система несправедлива, то не имеет значения, насколько она эффективна при минимизации издержек. Это принципиально важный момент, поскольку критики экономического анализа права опасаются подмены системы правовых ценностей одной только эффективностью, хотя это в действительности не является целью «Law and Economics». На примере работ Г. Калабрезе видно, что автор стремится только к тому, чтобы расширить перечень вопросов, которые необходимо ставить, принимая решение о предпочтительности одного варианта политико-правового выбора над другим. Методология экономического анализа должна ориентироваться не только и не столько на критерии эффективности<sup>2</sup>, но на передовые достижения в области философии, теории социального выбора и теории принятия решений.

Огромное значение для дальнейшей эволюции экономико-правовых идей имеет также развитие Г. Калабрезе предложенной Р. Коузом классификации форм правового вмешательства в рынок (в терминологии Калабрезе «формы защиты правомочий государством»). В специально посвященной этой проблеме работе им выделяется три формы защиты в виде трех возможных законодательных моделей правового регулирования (правил):

<sup>1</sup> Дело «Юнион ойл компани против Оппена» будет детально рассмотрено нами § 6 диссертации.

<sup>2</sup> В отношении критерия Парето, например, Г. Калабрезе настроен абсолютно скептически, поскольку с его точки зрения принципиально неправильно осуществлять сравнение Парето-эффективности нерыночных решений.

1. Правило собственности (property rule) – наименее жесткая форма правового вмешательства государства в рынок. Правомочие целесообразно защищать правилом собственности в том случае, если трансакционные издержки сторон при заключении сделки находятся на низком уровне, достижение между ними договоренности вполне вероятно, а само наличие у одной из сторон права собственности только способствует достижению соглашений между ними, создавая соответствующий рынок. Защищенное правилом собственности правомочие может переходить к другому владельцу абсолютно свободно, но только в результате обмена (то есть исключительно добровольно, при наличии согласия), а ценность передаваемого правомочия определяется самими участниками сделки. Суд зачастую по объективным обстоятельствам лишен возможности адекватно определить рыночную ценность правомочия, которая в то же самое время отлично известна сторонам, и потому закон дает право заключать сделки им самим.

2. Правило ответственности (liability rule) – предполагает возможность отчуждения правомочия без согласия на то его обладателя, однако обязательным условием такого отчуждения является выплата компенсации, выступающей здесь средством правовой защиты экономических интересов обладателя правомочия. Введение правила ответственности оправдано при высоких трансакционных издержках сторон, сопряженных с затруднительностью или невозможностью ведения между ними переговоров о заключении сделки. Поскольку согласие на отчуждение правомочия при его защите через правило ответственности не требуется, то стороны также лишены права определять цену такой сделки (размер компенсации). Например, в случае взыскания убытков стороны лишены права свободно определять их размер, поскольку величину убытков в итоге определяет суд, как бы принуждающий стороны к заключению сделки (защищая тем самым экономический интерес одной из сторон).

3. Правило неотчуждаемости (inalienability), которое в российском гражданском законодательстве трактуется как изъятие вещи из гражданского оборота (ст. 129 ГК РФ). Вводя ограничения оборота для отдельных видов объектов гражданского права, государство, с экономической точки зрения, запрещает (ограничива-

ет) создание соответствующих такому обороту рынков. В таком случае все сделки по поводу запрещенных к обороту объектов оказываются вне закона (а вместе с этим и без правовой защиты в виде, в частности, возможности понудить к ее исполнению уклоняющуюся от совершения действий сторону в судебном порядке<sup>1</sup>), даже если стороны смогли полностью договориться об их условиях. Обоснованием для применения правила неотчуждаемости является патернализм. Причем патернализм, с точки зрения Г. Калабрези, делится на самопатернализм (соответствует критерию эффективности по Парето в долгосрочном периоде, например, запрет на заключение сделок с людьми, находящимися в состоянии алкогольного опьянения) и истинный патернализм (не отвечает критерию эффективности по Парето, но призван к осуществлению «правильного» выбора в тех случаях, когда людям тяжело сделать его самостоятельно, без помощи государства, например, запрет на торговлю людьми). Развитие идей теории неотчуждаемости было продолжено Роуз-Аккерман<sup>2</sup>, проанализировавшей весь спектр возможных вариантов правового регулирования отдельных товарных рынков, начиная от полной оборотоспособности (неограниченное право собственности) и заканчивая абсолютных запретом на оборот (полная неотчуждаемость). В действительности, между обозначенными полюсами находится довольно широкий набор вариантов ограниченного оборота, например, модифицированное правило собственности (продажа разрешена, переход прав по безвозмездным основаниям запрещен) применяется к банкротам или умирающим для защиты интересов кредиторов, наследников или государственных органов. Модифицированная неотчуждаемость нашла свое отражение в российском праве в нормах об ограничении оборотоспособности отдельных категорий объектов (земель сельскохозяйственного назначения, оружия, психотропных веществ и т. д.)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> В качестве примера можно привести сделки о суррогатном материнстве, рынок которых с экономической точки зрения вполне сложился, но не признается государством и потому не защищается правовыми средствами. Аналогичная ситуация имеет место в сфере органов для трансплантации.

<sup>2</sup> Rose-Ackermann S. Inalienability and the theory of property rights // Columbia Law Review. 1985. Vol. 85. № 5. P. 931–969.

<sup>3</sup> Calabresi G., Melamed D. Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral // Harvard Law Review. 1972. № 85. P. 1089–1128.

Взаимосвязь между защищаемым экономическим содержанием общественных отношений и правовой формой такой защиты выражается в выборе определенных правовых средств защиты, специфических для правила собственности и правила ответственности. Право собственности в англосаксонских странах, как указывает Г. Калабрези, защищается судами посредством судебного запрета (*injunction*) или освобождения от ответственности, так как в обоих случаях в результате судебного решения констатируется наличие права собственности у одной из сторон.<sup>1</sup> Правило ответственности же обеспечивается за счет возмещения убытков (*damages*) или одновременного запрета с компенсацией вызванных им потерь.

Необходимо отметить, что работы Г. Калабрези нельзя отнести к Чикагской школе экономического анализа права, поскольку, во-первых, они носят нормативный, а не позитивный характер, во-вторых, значительное внимание в них уделяется вопросам справедливости, а не экономической эффективности, и, наконец, в-третьих, их исследовательский горизонт скорее ограничен рыночными феноменами. Хотя собственно неоклассическая микроэкономическая теория в ее чикагском варианте также предназначена для анализа именно рыночных феноменов, причем преимущественно в состоянии рыночного равновесия, ее границы были существенно раздвинуты **Г. Беккером**, которого называют основоположником «экономического империализма»<sup>2</sup>, чьи работы охватили широкий круг проблем, включая расовую дискриминацию, демографию домохозяйств, и, конечно, экономику преступной деятельности<sup>3</sup>.

Чикагская школа экономического анализа сама по себе включает определенную ценовую теорию, основанную на ряде контрафактических допущений, которые сделаны для того, чтобы создать теоретическую модель анализа, обладающую наибольшей прогностической способностью. В рамках такого подхода цена

<sup>1</sup> В системе российского права правомочия собственника, не лишенного владения вещью, защищаются посредством негаторного иска (ст. 304 Гражданского кодекса РФ).

<sup>2</sup> Экономический империализм – тенденция к применению методологии микроэкономического анализа в иных (смежных) общественно-научных дисциплинах, в том числе и в юриспруденции, а также социологии, истории и др. Последствиям влияния экономического империализма на восприятие экономического анализа права посвящен § 4 настоящей работы.

<sup>3</sup> Becker G. Crime and Punishment: the economic approach // Journal of Political Economy. 1968. Vol. 76. P. 169–217.

рассматривается как альтернативные издержки наилучшего из невыбранных вариантов поведения. Кроме того, Чикагская традиция опирается на теорию рационального выбора, с точки зрения которой все индивиды представляют собой рациональных экономических агентов, нацеленных на постоянную максимизацию своего благосостояния и обладающих при этом устойчивыми (постоянными) предпочтениями. В случае изменения функции полезности субъекта (проще говоря – его поведения) презюмируется, что причиной этого явились экзогенные факторы или внешние переменные (например, правовые нормы, регулирующие соответствующие общественные отношения), а не предпочтения самого индивида, носящие стабильный и долгосрочный характер. Подобное упрощение направлено на получение возможности анализа эмпирических данных, их операционализацию, количественное исчисление и, в конечном счете, создание проверяемой предсказательной модели поведения рационального субъекта.

Оригинальная трактовка понятия цены с одновременным применением теории рационального выбора содержала в себе столь необходимый экономическому анализу права потенциал для распространения экономической методологии далеко за пределы анализа собственно рыночных феноменов в условиях статического равновесия. В рамках указанной модели любые общественные отношения с той или иной степенью условности можно представить в виде выбора, который осуществляет рационально действующий агент, нацеленный на максимизацию своего благосостояния в условиях альтернативных возможностей поведения, наличия экзогенных ограничений и ограниченности ценных ресурсов. Именно Г. Беккер впервые стал с позиций экономики применять к анализу права его трактовку в качестве издержки (цены) поведенческих возможностей. Подобная постановка вопроса о праве как экзогенной рестрикции (внешнему ограничителю) позволяет включать в контекст исследования практически неограниченный круг общественных отношений, выходя далеко за пределы рынка. Преимущества и недостатки столь широкого взгляда на предметное поле экономического анализа права мы рассмотрим далее. На текущем этапе важным является тот факт, что именно осмысление Г. Беккером основополагающих идей чикагской неоклассической эконо-

номики явилось важным фактором становления (генезиса) классического экономического анализа права, синтез которого осуществил Р. Познер. Сам же Р. Познер отмечал, что именно работы Беккера сделали доступными для экономики те области права, которые ранее были для нее недостижимы<sup>1</sup>.

Такие сферы, как контрактное право, регулирование рынка труда, были вовлечены в экономический анализ именно в результате развития идей Г. Беккера, который в своей докторской диссертации на тему «Дискриминации на рынке» (1955 год) заложил основы подхода, в соответствии с которым экономика определяет любое поведение человека, независимо от того, касается ли оно денег прямую или нет, как разовые, так и системные решения, и даже, на первый взгляд, эмоциональные или машинальные поступки. Безусловно, гиперболизация экономических мотивов поведения не является единственной из возможных точек зрения на поведение человека, но сама постановка вопроса позволила Г. Беккеру исследовать в рамках своей теории даже такие категории, как милосердие, любовь или зависимость.

Тем не менее, можно сделать вывод, что путь расширения научно-исследовательской программы, избранный «новым» экономическим анализом и предполагающий вовлечение максимального количества доступных ему областей исследования, является достаточно неоднозначным и не мог не вызвать впоследствии определенную реакцию со стороны научного сообщества, которая будет рассмотрена далее.

### **2.3. Синтез Р. Познера – Чикагская ортодоксия**

Расширение области возможного применения экономического анализа права за счет включения в научно-исследовательскую программу названных выше предпосылок само по себе не свидетельствует о появлении законченной и непротиворечивой экономической теории права. Принятие в качестве базовой предпосылки теории рационального выбора активизирует необходимость определения

---

<sup>1</sup> См.: Познер Р.А. Экономический анализ права: в 2 т. / пер. с англ. В.Л. Тамбовцева. СПб., 2004. Т. 1. С. 32.

конкретных способов ее приложения к правовой реальности. В частности, остается открытым вопрос о том, кто определяет дизайн правовой системы, содержание правовых институтов и как (в чьих интересах) в итоге осуществляется координационная функция правовой системы<sup>1</sup>.

Кроме того, краеугольным камнем при создании экономической теории права выступает вопрос о соотношении рынка и правовой системы, в частности, являются ли они самостоятельными механизмами координации внутри экономической системы. Существуют определенные сомнения относительно способности рынка осуществлять функцию координации, вообще при этом не опираясь на правовые механизмы. Даже на теоретическом уровне абстрактного моделирования стабильное и успешное существование рынка в условиях полного «правового вакуума» (при отсутствии у участников обмена прав собственности, возможности использовать инструменты договорного права, обращаться в суд за защитой в случае нарушений и т. д.) представляется скорее утопией.

Если же существование рынка вне права невозможно, то как определить пределы вмешательства права в рынок. Выявление круга обстоятельств, в которых решение координационных проблем участников рынка правовыми средствами не только оправдано, но и желательно, является серьезнейшей познавательной проблемой. Разрешение подобной проблемы осложняется также тем, что с научной (познавательной) точки зрения остается неясным, любое ли вмешательство государства в рынок, которое осуществляется при помощи тех или иных правовых средств, может считаться именно «осуществлением координационной функции права» в строгом смысле. Со всей очевидностью встает вопрос об определе-

---

<sup>1</sup> Видный представитель австрийской школы Ф. Хайек для ответа на этот вопрос позднее ввел понятие «спонтанного порядка» (см.: Хайек Ф. Право, законодательство и свобода. М.: ИРИСЭН, 2006. 644 с.). С его точки зрения, субъекты рыночных отношений сами спонтанно генерируют правовую материю путем многократного повторения однотипных межличностных взаимодействий (создают обычаи, перерастающие в право). Способность государства к непосредственному правотворчеству в целом оценивается австрийцами скептически. Сторонники школы общественного выбора хотя и признавали главенствующим источником права нормативный акт, исходящий от государства, предлагали анализировать при помощи теории рационального выбора саму правотворческую деятельность, которая в итоге сведется к своего рода рынку правовых решений, активными участниками которого являются лоббистские группировки, что исключает наличие у такой юридической категории, как «публичный интерес», реального содержания.

нии и поиске критериев, по которым бы осуществлялась демаркация случаев необходимости правового вмешательства в координационные механизмы, с одной стороны, и критериев, определяющих сам механизм подобной коррекции, с другой стороны.

Одного только описания теоретических сложностей, с разрешением которых неминуемо сопряжено построение экономической теории права, вполне достаточно, чтобы получить представление об эпистемологическом уровне результирующей их концепции<sup>1</sup>. Впервые подобная теория была предложена выдающимся юристом, профессором Чикагского университета, а в настоящее время судьей Федерального апелляционного суда США по седьмому округу **Ричардом Познером**, осуществившим синтез всех предшествующих научных идей и наработок. Именно классический синтез Р. Познера составляет содержание Чикагской школы экономического анализа права. В 1972 году вышло в свет первое издание монографии «Экономический анализ права» (Р. Познер), явившееся своего рода энциклопедией для всех результатов, достигнутых в этой области познания. В том же году стал издаваться специализированный журнал, полностью посвященный исследованиям в области права (Journal of Legal Studies), открывший для экономического анализа права юридические факультеты США.

Научной основой построений Р. Познера, позволившей сформулировать экономическую теорию права, стала оригинальная гипотеза о содержании координационной функции права. С позиций Р. Познера, правовой и рыночный (ценовой) механизмы не являются самостоятельными или альтернативными относительно друг друга. Содержание координационной функции правового механизма составляет восполнение рыночного механизма в тех ситуациях, когда его непосредственное действие невозможно или неоправданно, в частности, в силу высо-

---

<sup>1</sup> Приведенный перечень не только не является исчерпывающим, но и сознательно не включает проблем, которые порождает исключительно сама правовая система. Например, проблема определенности правовых предписаний зачастую остается за скобками экономического анализа и до определенного предела это допустимо, однако при создании единой экономической теории права придется также признать и имманентные проблемы собственно правовой теории, ведь любому юристу очевидно, что любое правоприменение начинается с уяснения содержания правовой нормы, которое зачастую не является абсолютно определенным.



ких трансакционных издержек. Следовательно, правовое регулирование должно «имитировать» рынок и включаться в случаях его провалов.

Подобная трактовка содержания координационной функции правовой системы позволила уйти сразу от ряда концептуальных сложностей экономического анализа. Так, однозначное решение получил вопрос о том, чем определяется содержание правовых норм (рынком), а также о выявлении критериев правового вмешательства (в случаях провалов рынка). Чикагская ценовая теория получила концептуальное обоснование для определения содержания правовых норм и дизайна правовых институтов. Основываясь на идеях Г. Беккера, Р. Познер обосновывает применение ценовой теории к руководству правовой системой, анализу как рыночных, так и любых иных отраслей права (семейное право, административное и уголовное право и т. д.).

Гипотеза Р. Познера о содержании координационной функции права позволила ему разрешить вопрос о том, каким именно образом при разрешении конфликта участников рынка при помощи правового механизма добиться максимально эффективного результата. На необходимость правового вмешательства, в случае если заключение частной сделки не является оптимальным решением, указывал еще Р. Коуз, приводивший многочисленные примеры из судебной практики, но так и не сумевший сформулировать общее правило, которым следует руководствоваться. Объяснение правового механизма как имитации рынка в случаях провалов работы последнего позволило Р. Познеру сформулировать тезис о том, что при высоких трансакционных издержках суду следует воспроизвести результат, к которому бы пришел рынок в условиях совершенной конкуренции (и при отсутствии трансакционных издержек), то есть передать право (ресурс) стороне, которая ценит его в наибольшей степени (готова заплатить большую цену)<sup>1</sup>. Такое решение юридического конфликта обеспечивает максимальное благосостояние с экономической точки зрения. В самом деле, если совокупное благосостояние общества состоит из суммы благосостояния всех его индивидов, то максимальное увеличение прибыли наиболее эффективного из них (создающего наибольшую

---

<sup>1</sup> Posner R. *Economic analysis of law*. 4th ed. 1992. P. 13–14.

ценность и готового платить за ресурс максимальную цену) автоматически ведет к росту общего благосостояния. Предвосхищая возможную критику подобного подхода, основанную на том, что эффективность зачастую подразумевает перераспределение от бедного к богатому, Р. Познер отвергает возможность межличностных сравнений полезности, подчеркивая твердость своих симпатий к неоклассической экономике.

Вопрос о приложении теории рационального выбора также теряет свою остроту и неразрешимость в системе Р. Познера, так как описанию и анализу в терминах эффективности в равной степени доступна и правотворческая, и правоприменительная деятельность. В оценке правотворчества постреалистические взгляды Р. Познера близки к позиции сторонников теории общественного выбора, акцентирующей внимание на наличии коалиций, групп влияния, лоббизме и рен-тоориентированном поведении участников правотворческого процесса.

Значительным своеобразием отличается познеровский анализ правоприменительной деятельности, в особенности анализ функционирования судебной системы. В отличие от нормативного экономического анализа, характерного для работ Г. Калабрези, сводящихся к обоснованию тезиса о необходимости применения критериев эффективности в ходе правоприменения, Р. Познер стремится к построению позитивной экономической теории. Он полагает, что судьи уже фактически на практике используют критерий эффективности при разрешении конкретных дел (теория рационального выбора). Познер утверждает, что поскольку в нормах общего права уже заложена неявная экономическая структура (хоть она и не изложена в экономических терминах), то судьи в системе прецедентного права, сами того не подозревая, ориентируются на увеличение благосостояния, то есть выносят решения по конкретным делам в соответствии с критерием эффективности. Судами с течением времени эмпирически обнаруживается экономически эффективный способ разрешения конфликтов. Стимулом к поиску подобного стиля разрешения конфликтов служит низкий уровень отмен экономически обоснованных судебных актов, которые реже оспариваются сторонами. Таким образом, логика судебного процесса обеспечивает восполнение провалов рынка, камуфлируя

действие ценовой теории лексикой этики, само содержание же остается при этом сугубо экономическим.

Экономический анализ самой природы правоприменительного процесса приводит к восприятию прецедентного права как некоего квазирынка прецедентов (то есть определенных правовых идей, являющихся здесь своеобразным «товаром»). Возможность обращения в суд за защитой неизбежно сопряжена с возможностью опровержения самой неэффективной правовой нормы. Ключевым отличием правоприменительного процесса от правотворческого является ориентированность первого на утверждение индивидуальных прав, а не групповых интересов. Суды в принципе лишены права на создание общеобязательных правил поведения, в связи с чем существует опасность злоупотребления при использовании судебного механизма для эгоистичного перераспределения, не основанного на стремлении к общей пользе<sup>1</sup>.

В качестве примера наличия экономической логики, неявно содержащейся в правом предписании, Р. Познер приводит нормы об ответственности за халатность, сконструированные таким образом, что при их соблюдении приблизительно обеспечивается эффективный (в части издержек) уровень несчастных случаев. Оценка степени нарушения обязанности осмотрительного поведения в сравнении с издержками соблюдения всех мер предосторожности и величиной ущерба (вероятностью его наступления) есть не что иное, как применение формулы Хэнда (Hand formula), путем имплементации ее содержания в правовое регулирование. De facto целью правового регулирования ответственности за халатность можно считать создание системы стимулов к поддержанию в гражданском обороте определенного уровня осмотрительности его участников<sup>2</sup>.

Существенное влияние оказали работы Р. Познера и на экономический анализ контрактного права. В центре его исследований оказались правила об ответственности по контрактам, нацеленные на сокращение издержек при разрыве контракта и общее содействие обмену. Система санкций за разрыв контракта при

---

<sup>1</sup> Posner R. Economic analysis of law. 4th ed. 1992. P. 19–20.

<sup>2</sup> Posner R.A. A Theory of Negligence // Journal of Legal Studies. 1972. Vol. 1. № 29. P. 32–34.

ближайшем рассмотрении с позиций экономического анализа может оказаться неэффективной, как неспособная покрыть издержки на судебные разбирательства и несопоставимая с величиной полных потерь стороны<sup>1</sup>. В ходе дискуссии, вызванной работами Познера, позднее даже возникла идея об «эффективном разрыве контракта», которой невольно потворствует законодательство о возмещении убытков<sup>2</sup>.

Масштабный вклад Р. Познера в становление и развитие «Law and Economics» сделал его лицом и идейным вдохновителем всего учения.

#### **2.4. Чикагская школа: pro et contra**

В то время как в 1960–1961 годах примерно 6% публикаций в ведущих юридических журналах США было посвящено экономическому анализу права, в 1970–1971 годах их процент составлял уже 28%<sup>3</sup>. Основной причиной столь существенного роста интереса к экономическому анализу права явилось именно влияние со стороны Чикагской школы, возглавляемой своим харизматичным лидером Р. Познером. Однако ошибкой было бы категорически заявлять, что в период расцвета Чикагской школы она являлась единственным направлением развития дисциплины, например, выдающийся ученый того времени Г. Калабрези никогда к ней не относился. Скорее, можно говорить о некой «основной магистрали» дисциплины, которой и явилась Чикагская школа, чикагская энциклопедия, которая подвела итог целому этапу развития экономического анализа права. Первая попытка вырваться за рамки фрагментарных исследований частных вопросов, имеющих отношение к правовой проблематике, при помощи отдельных экономических рассуждений, переход к экономической теории права, которая была бы применима к правовой системе целиком, – такая серьезная научная задача стояла перед Чикагской школой.

---

<sup>1</sup> Posner R.A., Rosenfield A. Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis // Journal of Legal Studies. 1977. Vol. 6.

<sup>2</sup> Harris D.R. Remedies in Contract and Tort. 1988. P. 84–87.

<sup>3</sup> Ellickson R.C. Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: a Critique of Classical Law and Economics // Chicago-Kent Law Review. 1989. Vol. 65. P. 28.

И именно в этой широте поставленной задачи, а также опоре на экономические концепты, которые сами по себе не являлись общепризнанными даже в их материнской науке – экономике, заключаются предпосылки для дальнейшей трансформации экономического анализа через критику Чикагской школы. Р. Познер изначально не учитывал работы А. Сена и ряда других ученых, которые придерживались иных (по сравнению с Чикагской школой) взглядов на вопросы допустимости межличностных сравнений в теории благосостояния<sup>1</sup>.

С начала 1970-х годов развивающаяся институциональная экономика выступила с критикой чикагских догматов утилитаризма. В частности, А. Шмидт еще до начала широких острых дебатов вокруг экономического анализа обратил внимание на логическое противоречие, унаследованное чикагской методологией от теоремы Коуза: «если при абсолютно любом распределении права собственности существует наиболее выгодное с точки зрения издержек распределение ресурсов, минимизация издержек сама по себе и вообще логика эффективности не могут предоставить основу для способа распределения прав собственности»<sup>2</sup>. Далее последовали обвинения теоремы Коуза также в ее нефальсифицируемости (так как всегда можно расширить понятие издержек при обнаружении неэффективного решения для обоснования его «цены») и тавтологичности с целью ограничить применимость теоремы областью одной только эвристики.

В конце 1970-х – начале 1980-х годов в США прошло несколько симпозиумов с целью определения вклада экономического анализа права в теорию права. В ходе спровоцированных ими дискуссий Р. Познеру пришлось защищать Чикагскую школу от нападков со стороны философии права (Р. Дворкин, Ч. Фрид), критически настроенной академической профессуры (М. Хорвитц и Д. Кеннеди), иных направлений экономического анализа права (например,

---

<sup>1</sup> См.: Дикин С. Современное движение права и экономики. Анализ и оценка // Истоки. М.: ИД ГУ-ВШЭ, 2000. Вып. 4. С. 204.

<sup>2</sup> Schmid A. The Economics of Property Rights: A Review Article in Samuels, Warren J. (ed.) The Chicago School of Political Economy. East Lansing, Mich., Association of Evolutionary Economics and Michigan State University, 1976. P. 469–479.

представителя австрийской школы М. Риццо), теории общественного выбора (Ч. Роули) и дружеской критики юристов Йельской школы (Г. Калабрезе, Э. Кронманн)<sup>1</sup>.

Наибольшую известность получила критика работ Р. Познера со стороны Р. Дворкина, поставившего под сомнение одну из базовых гипотез Чикагской школы о необходимости подчинения правовой системы критерию экономической эффективности<sup>2</sup>.

В основании тезиса об эффективности лежит традиционное утилитаристское понимание общественной полезности как суммы всех индивидуальных полезностей, из которого следует, что в случае увеличения частной полезности растет и полезность общественная. Отсюда следует, что для общества в целом целесообразнее отдавать предпочтение большему росту индивидуальной полезности какого-либо индивидуума, игнорируя, например, что иное лицо больше нуждается в спорном ресурсе. Такой подход Р. Познера получил название «нормативной теории справедливости», в рамках которой справедливость отождествляется с эффективностью. С позиций нормативной справедливости от роста совокупного благосостояния в итоге выигрывают все, даже те, кто в каком-то конкретном случае проиграл от политико-правового решения.

При построении аргументации, направленной на опровержение идеи нормативной справедливости, ученые, критически настроенные по отношению к Чикагской школе, используют тезис о том, что роль права в жизни общества не ограничивается только лишь регулированием на основе принципа эффективности общественных отношений, прямо связанных с распределением. И с этим довольно трудно не согласиться. Не случайно в более поздних работах и сам Р. Познер вынужден был отойти от радикального отождествления справедливости с эффективностью, признав, что «справедливость шире экономики»<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Mackaay E. History of Law and Economics // Encyclopedia of Law and Economics / B. Bouckaert, G. De Geest. UK, 2000. P. 77.

<sup>2</sup> Dworkin R. Why Efficiency?// R.Dworkin// Dworkin R.A Matter of Principle/.Dworkin R. A Matter of Principle. London: Harvard Univ. Press, 1985.

<sup>3</sup> Познер Р. Экономический анализ права: в 2 т. СПб., 2004. Т. 1. С. 37.

С другой стратегией критики антагонистов Чикагской школы ситуация является не столь однозначной. Речь идет об упреках чикагских конструкций в их идейной ангажированности в пользу богатых слоев населения. В частности, говорится о том, что если осуществлять координацию и перераспределение «по Познеру» (отдавать ресурсы в руки более экономически эффективных агентов), то богатые будут богатеть, а бедные продолжать терять деньги.

Теория Р. Познера является строго позитивной, ориентированной на реализацию прогностической функции, в силу чего некогнитивна и не претендует на роль этического основания права, нося сугубо инструментальный характер<sup>1</sup>. Напротив, риторика оппонентов Познера в пользу социально незащищенных слоев общества на поверку часто оказывается гораздо более лукавой. Так, кажущиеся справедливыми и правильными, направленными на защиту «слабой стороны» политико-правовые решения об установлении минимального размера оплаты труда, введении минимальных стандартов для жилых помещений, передаваемых в наем, приводят к прямо противоположным результатам. И понимание этого дает именно Чикагская методология. От введения МРОТ проигрывают в первую очередь неквалифицированные работники и студенты, от найма которых наниматель попросту отказывается. Соответственно, выигрывают уже занятые работники, получающие высокие зарплаты. Аналогично реагирует рынок и на введение минимальных стандартов для жилых помещений: либо падает предложение, либо издержки на приведение сдаваемых внаем помещений в соответствие стандарту перекладывается на нанимателя (растет цена).

Со стороны австрийской школы концепция Р. Познера критикуется за игнорирование такого существенного фактора, как субъективизм предпочтений индивидов. С точки зрения М. Риццо, невозможно дать объективную социальную оценку эффективности того и иного варианта правового регулирования

---

<sup>1</sup> По этой же причине упреки в адрес Р. Познера со стороны теории общественного выбора, сводящиеся к недостаточному вниманию в отношении политических процессов, которые оказывают значительное влияние на функционирование правовой системы (см., например: Rowley C.K. *Public Choice and the Economic Analysis of Law* // *Law and Economics* / N. Mercuro (ed.). P. 123–174), представляются излишними.

путем прямого сопоставления сопутствующих ему выгод и издержек разных индивидов<sup>1</sup>. Методология Р. Познера изначально предполагала прямое сравнение выигрышей одних с издержками других, однако в реальной практике стороны зачастую не вступают в непосредственные межличностные взаимоотношения, а оценки одних и тех же факторов крайне непостоянны и субъективны. При отсутствии прямой добровольной трансакции определение ценности ресурса затруднительно. Таким образом, критерий Парето часто оказывается неприменимым на практике, в силу чего Познеру пришлось дополнительно ввести в свои теоретические построения критерий Калдора-Хикса, в рамках которого не обязательно, чтобы компенсация издержек проигравшей стороны реально состоялась (достаточно сопоставления потенциального выигрыша с потенциальными издержками и предполагаемой готовностью платить). Все же в реальной правоприменительной практике судьи часто сталкиваются с необходимостью проведения межличностных сравнений сторон в отсутствие их добровольной трансакции, например, при определении размера компенсации за деликт судьи так или иначе вынуждены сравнивать расходы на предотвращение ситуации с возникшим ущербом. Научность подобных сравнений остается дискуссионной<sup>2</sup>. С позиций Австрийской школы, само понятие социальных издержек, используемое Р. Коузом, очень условно, подсчет суммарных издержек невозможен в связи с отсутствием механизма подсчета агрегирования и сравнения субъективных выигрышей и потерь.

Кроме того, еще одной стратегией критики тезиса эффективности является его противопоставление логике исторического процесса<sup>3</sup>. Если для каждой законодательной проблемы существует только одно эффективное решение, то, будучи однажды найденным, в будущем уже нет смысла его пересматривать. На практике мы видим, что законодательство подвержено постоянным изменениям, пассивно и динамично по своей природе. Отсюда делается вывод о неприменимости

---

<sup>1</sup> Rizzo M. J. The Mirage of Efficiency // Hofstra Law Review. 1980. Vol. 8. P. 641–658.

<sup>2</sup> Trebilcock M. The Future of Tort Law: Mapping the Contours of the Debate // Canadian Business Law Journal. 1989. P. 471–488.

<sup>3</sup> Veljanovski C. The New Law-and-Economics – A Research Review. Oxford, 1982. P. 97.



тезиса об эффективности к анализу правовой системы. Очевидны также и различия правовых систем между собой, многообразие же правовых систем плохо сочетается с подразумеваемым единством логики эффективности, которой, по Познеру, и обусловлена правовая система.

Однако наиболее болезненной, на наш взгляд, все же является критика предсказательного ядра Чикагской школы. В самом деле, наиболее ценным элементом всей чикагской концепции является декларируемая высокая предсказательная способность системы, которая оправдывает весь ее редуционизм и опору на контрафактические допущения. Действительно, причина возросшей популярности экономического анализа права заключалась в том, что чикагская модель давала возможность комплексной оценки социального эффекта и последствий введения тех или иных правовых предписаний.

К сожалению, и в этой части Чикагская школа подверглась жесткой критике. Возможность оценки социальных последствий правового регулирования обеспечивается за счет опоры на теорию рационального выбора и ценовую теорию, при помощи которых моделируется реакция индивида на стимул, создаваемый правом. На случаях провала базовых предсказаний и сконцентрировали свой огонь критики Р. Познера. Действительно, со временем был выявлен широкий спектр исключений и ограничений теории рационального выбора.

Экономисты и психологи (например, Г. Саймон, Д. Акердлоф, Д. Маршак, А. Тверски, Д. Канемен, Р. Раднер, Р. Шиллер и т. д.) стали указывать на игнорирование сложной структуры человеческой психики при построении экономических моделей<sup>1</sup>. Вопреки аксиомам неоклассической экономики (основа Чикагской школы) индивиды в большом количестве случаев действуют на основе неполной информации, субъективных и ошибочных эвристических моделей, которые они часто не склонны корректировать в принципе, не замечая их ошибочности. Описываемый Р. Познером в качестве среднестатистического индивида «рациональный максимизатор выгоды» – скорее утопия, чем реальность, поскольку большинству людей банально не хватает математических знаний.

---

<sup>1</sup> Ходжсон Дж. Экономическая теория и институты. М., 2003. С. 129–132.

В самом деле, если обратиться к практике розничной торговли, то скорее можно говорить о нерациональности, чем о рациональности потребителя. Договоры не изучаются в должной мере, при покупке преобладают маркетинговые и эмоциональные мотивы, чем взвешенная оценка потребительских свойств конкурирующих товаров и т. д. Все эти нерациональные проявления при принятии решений являются когнитивными искажениями (*cognitive bias*). На основе их выявления и анализа на смену теории рациональности пришла теория ограниченной рациональности (*bounded rationality*). В каждом случае, когда имеют место когнитивные искажения, теория рационального поведения, а вместе с ней и Чикагская школа экономического анализа права, рискует ошибиться при даче прогноза эффекта действия правовой нормы. Однако, такие искажения – не более чем лакуны. Несмотря отдельные провалы в действии теории рационального выбора исключения из нее, сама теория, тем не менее, продолжает выступать в качестве одной из основных гипотез (опровержимых презумпций) при реконструкции и изучении социальной реальности в большинстве исследований на стыке права и экономики. Более того, рациональность индивида вполне может и дальше использоваться в качестве базовой модели при экономическом анализе, необходимо лишь учитывать, что она в определенных случаях может быть опровергнута, а количество таких случаев по мере накопления научного знания будет неизбежно возрастать, уточняя первоначальную гипотезу<sup>1</sup>. Рациональность индивида вполне может продолжать использоваться в качестве базовой модели при экономическом анализе, необходимо лишь учитывать, что она в определенных случаях может быть опровергнута, а количество таких случаев по мере накопления научного знания будет неизбежно возрастать.

В 1990-е годы экспоненциальный рост количества работ, использующих в качестве своей методологической основы теорию ограниченной рациональности,

---

<sup>1</sup> К основным проявлениям ограниченной рациональности можно отнести такие эффекты, как сверхоптимизм (*over optimism*) – игнорирование вероятности негативного исхода, в случае если индивид делает прогноз в отношении себя; гиперболическое дисконтирование (*hyperbolic discounting*) – завышение ценности блага при возможности получить его немедленно (и наоборот, занижение ценности отстоящих во времени благ); фрейм эффекты – склонность менять выбор в зависимости от того, как расставлены акценты в подаваемой для принятия решения информации; игнорирование вероятности, предпочтение бездействия, ограниченность возможностей к анализу, сбой самоконтроля и т. д.

заставил говорить о появлении новой заметной научной школы, сильно отличающейся от Чикагской, а именно школы бихевио-экономического анализа права (Behavioral Law and Economics). В рамках этого подхода уже используются не только экономические или правовые знания, но и последние достижения в области психологии, в частности, поведенческой. К сторонникам бихевио-экономического анализа можно отнести таких ученых, как Р. Коробкин, К. Санстин, Т. Улен, К. Джоллс. О расширении сферы влияния направления говорит и тот факт, что разработки в области бихевио-экономического анализа сейчас активно используются в США на уровне выработки стратегий правового регулирования<sup>1</sup>.

Классическая Чикагская школа в свою очередь критически воспринимает попытки синтеза психологии, экономики и права, отстаивая необходимость использования в качестве методологии экономического анализа права теорию рационального выбора<sup>2</sup>. Психология является динамично развивающейся областью знаний, достаточно часто пересматривающей свои постулаты: еще недавно теория рационального поведения считалась общепринятой, а теперь пристальное внимание уделяется когнитивным сбоям, которые в ближайшем будущем могут быть снова переоценены. В качестве базовой методологии экономического анализа права, его научно-исследовательского ядра должна использоваться наиболее стабильная и устойчивая научная теория. С точки зрения Р. Познера и его сторонников нет смысла отказываться от проверенной и хорошо себя зарекомендовавшей теории рационального выбора хотя бы в качестве базовой презумпции (гипотезы)<sup>3</sup>.

Конкуренция идей в экономическом анализе права не является отрицательным фактором, но, напротив, позволяет ученым постоянно совершенствовать свои взгляды. Результатом дискуссий вокруг Чикагской школы явилось ее развитие, кристаллизация базовых идей и принципов, снятие внутренних противоречий и, безусловно, обнаружение собственных пределов. Ни о каком распаде или отказе

<sup>1</sup> Wright J.D., Ginsburg D.H. Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws and Implications For Liberty // 106 Northwestern University Law Review. 2012. P. 1055ff.

<sup>2</sup> Posner R.A. Rational Choice, Behavioral Economics and the Law// 50 Stanford Law Review. 1997–1998. P. 1551.

<sup>3</sup> Mitchell G. Why Law and Economics' Perfect Rationality Should Not Be Traded for Behavioral Law and Economics // 91 Georgetown Law Journal. 2002. P. 67.

от чикагской методологии речь не идет. Появление конкурирующих направлений экономического анализа говорит о сохранении научного интереса к исследуемой проблематике, чем обеспечивается плюрализм научных концепций. Чикагская школа до сих пор не потеряла лидерство в этом конкурентном взаимодействии<sup>1</sup>, а в основе экономического анализа права в той или иной форме, пусть иногда не явно, а иногда с оговорками, лежит все та же теория рационального выбора.

В итоге, можно сделать вывод, что именно благодаря критической научной дискуссии с Чикагской школой не только появлялись новые направления «Law and Economics» (Австрийская школа, бихевио-экономический анализ и т. д.), но развивалась и она сама: была уточнена гипотеза о нормативной справедливости (Р. Познер признал, что справедливость шире экономики), а в качестве критерия эффективности стал использоваться не только критерий Парето, но и критерий Калдора-Хикса и т. д.

---

<sup>1</sup> См.: Бальсевич А. Экономика права: предпосылки возникновения и история развития // Вопросы экономики. 2008. № 12. С. 60–71.

### § 3. Современный этап развития учения «Law and Economics»

Выдвижение на передовые позиции в «Law and Economics» неклассической Австрийской школы в 1980-е годы ознаменовало собой завершение классического этапа развития учения, связанного, в первую очередь, с идеями Чикагской школы. По мере отдаления экономического анализа права от своего классического русла характерными чертами учения стали являться:

- стремление к еще более междисциплинарной методологической основе: если раньше можно было смело говорить лишь о мультидисциплинарности экономического анализа (применении экономических методов в юриспруденции), то теперь экономический анализ выстраивает взаимодействие с еще целым рядом научных школ и дисциплин, таких как психология, социология права, история, теория игр, математика, сравнительное правоведение и т. д.;
- стремление к уходу от идеализации: на этапе позитивной Чикагской школы основной задачей экономического анализа права считалось построение модели общественных отношений, которая позволяла бы осуществлять эмпирически проверяемое прогнозирование правовых процессов. Теперь же наметился разворот от контрафактических идеализаций в сторону максимально точного описания наиболее сложных взаимодействий без попытки их упрощения. В центре внимания теперь находится организация спонтанного порядка из хаоса (К. Хайек);
- стремление к самоопределению на предметном поле юриспруденции: ориентация Г. Беккера на экономический империализм сыграла с чикагской школой злую шутку, поскольку со временем стало очевидно, что при анализе некоторых отраслей права (например, семейное право) экономический анализ права во многом теряет свои преимущества.

Термин «постнеклассическая наука» ввел в научный оборот академик В.С. Степин, чтобы подчеркнуть ставшую очевидной в 1970-е годы тенденцию к преобладанию междисциплинарных и сугубо утилитарных исследований (примером такой науки является синергетика). Сложно придумать более подходящее определение, чтобы дать наименование тем процессам и тенденциям, которые стали

намечаться в экономическом анализе права в 1980-е годы и по сей день сохраняют свою актуальность, лишь усиливаясь со временем.

### 3.1. Австрийская школа

Научной «школой» можно считать группу ученых, которая объединена общим подходом к проведению исследований в какой-либо области знаний. В связи с субъективностью такого определения, вопрос о выделении различных школ в рамках столь обширного и динамичного направления, как экономический анализ, права является достаточно дискуссионным.

Так, существует точка зрения, что в связи с практически неограниченным содержанием научной программы экономического анализа права все имеющиеся в экономическом анализе права тенденции вполне укладываются в русло Чикагской школы, которая в состоянии осмыслить критику со стороны ученых, использующих иные методы или исследующих иные предметы (Де Гест)<sup>1</sup>.

Вместе с тем, ряд ученых (например, Е. Маккей<sup>2</sup>) говорит о наличии в экономическом анализе права (вслед за экономикой) четырех основных школ: чикагская школа, старый и новый институционализм, австрийская школа. Такое деление основано на фундаментальных различиях во взглядах и подходах их сторонников. Р. Тецл и Р. Холцхауэр, руководствуясь концепцией исследовательских программ (Имре Лакатос), также приходят к выводу о наличии «жесткого ядра» как у Чикагской, так и у Австрийской школы экономического анализа права<sup>3</sup>.

Вопрос о самостоятельности Австрийской школы экономического анализа права обусловлен наличием целого ряда общих с Чикагской ортодоксией предпосылок анализа, методологических установок и характерных черт. Обе школы являются в первую очередь образцами позитивной, а не нормативной науки, концентрируются на выявлении существующих закономерностей общественных от-

<sup>1</sup> De Geest G. Comment: game theory versus Law and Economics // Essays in Law and Economics. 1995. Vol. 2. P. 290.

<sup>2</sup> Mackaay E. History of Law and Economics // Encyclopedia of Law and Economics / B. Bouckaert, G. De Geest. UK, 2000. P. 108.

<sup>3</sup> Бальсевич А.А. Подход Австрийской школы к экономическому анализу права: методологические основы и практические рекомендации // Сборник статей аспирантов – 2007. Вып. 1. М., 2008.

ношений, не давая им ценностных оценок. Основой же для их выявления в обоих случаях служит методологический индивидуализм, что позволяет говорить о схожести двух школ. Кроме того, научные построения в обоих случаях строятся на платформе рациональности индивидов (то есть применении теории рационального выбора). Учитывая тот факт, что внутри самой Австрийской школы также одновременно присутствуют различные точки зрения по многим ключевым вопросам, определенная схожесть с Чикагской школой несомненна.

Однако при ближайшем рассмотрении оказывается, что практически все базисные, основополагающие гипотезы и установки Чикагской школы не калькируются «австрийцами», но, напротив, подвергаются сомнению, переосмыслению и преломлению через более сложную призму, которой является попытка моделирования без столь явных как у классиков упрощений реальности. Тенденция к уходу от редукционизма, столь характерная для постнеклассической науки, проявляется в работах австрийцев очень ярко. Как указывает Р. Эбелинг: «То, что принимается за данное в неоклассической теории: упорядоченные предпочтения экономических агентов, наличие и характеристика средств, цены, по которым агенты могут торговать между собой, австрийцы пытаются объяснить, то есть показать их происхождение как результат умственной деятельности людей»<sup>1</sup>.

Методологическое своеобразие Австрийской школы заключается в ее тяготении не к естественным наукам (например, в рамках Чикагской школы авторы стремились к эмпирическим, количественным проверкам своих прогнозов), а к математике. Основой австрийской методологии является философия И. Канта, на базе которой Л. Мизес разработал праксиологию. Праксиология представляет собой процесс выведения из одной или нескольких аксиом универсальных, неизменных в ходе исторического процесса принципов, объясняющих изучаемые закономерности на стыке права и экономики. Таким образом, гипотезы получаются не в результате наблюдения, но при помощи дедуктивной логики, и проверяются они опять же не эмпирически, а логически.

---

<sup>1</sup> Бальсевич А. Экономика права: предпосылки возникновения и история развития // Вопросы экономики. 2008. № 12.

Исходной аксиомой в построениях австрийцев является так называемая «аксиома о человеческой деятельности» (human action axiom), согласно которой люди всегда действуют, делая выбор и используя различные способы достижения своих целей. Аксиома человеческой деятельности является, по Канту, синтетическим априорным суждением, для проверки достоверности которого не требуется наблюдения, а попытка доказать обратное только подтверждает первоначальный самоочевидный тезис.

Аксиома о человеческой деятельности позволяет сформулировать ряд условий, справедливых для любых дальнейших рассуждений в рамках австрийской методологии<sup>1</sup>. Так, наличие у действующих индивидов целей предполагает также наличие у них знаний о существующих средствах их достижения (технологии, ресурсы и т. д.). При этом среда, в которой осуществляется деятельность, очевидно, характеризуется неопределенностью, иначе не существовало бы альтернативных способов достижения целей. Ошибочный же выбор, который время от времени осуществляют индивиды, не говорит об их нерациональности, а только лишь подчеркивает фрагментарность знаний и ограниченность информации, чем создается необходимость координации планов отдельных индивидов. Экономическая наука вынуждена изучать порой непредсказуемые и непреднамеренные результаты человеческой деятельности.

Праксиологический метод дает широкие возможности для одновременного охвата всех предпосылок, их единовременного и внутренне непротиворечивого анализа, исключая такие ситуации, когда исследователи сами того не подозревая отрицают свои же исходные принципы<sup>2</sup>. Особую актуальность праксиологии в рамках австрийской школы обуславливает сложный и довольно своеобразный (например, в сравнении с Чикагским подходом) набор исходных предпосылок анализа:

1. Рациональность, принимаемая Чикагской школой в качестве удобной гипотезы для построения своих прогностических моделей, здесь является частным следствием из общей аксиомы о человеческой деятельности.

<sup>1</sup> Rizzo M.J. Mises and Lakatos: Reformation of Australian methodology // Method, process and Australian economics (ed. Kirzner I.M.). Lexington, Massachusetts, Toronto. Lexington books, 1982. P. 57–59.

<sup>2</sup> Rothbard M.N. The present state of Austrian economics // Journal des Economistes et des Etudes Humaines. 1995. Vol. 6. No. 1. P. 51.



2. Гораздо более реалистичный и комплексный подход к предпочтениям индивидов (субъективизм). Предпочтения индивидов для австрийцев являются не только сугубо субъективными, но изменчивыми с течением времени, а информация о них недоступна остальным. Стабильность и экзогенность предпочтений исключается, наоборот, по мере накопления знаний и опыта, под влиянием эндогенных факторов меняются и предпочтения индивидов.

3. Внешняя среда вследствие указанного подхода к предпочтениям оценивается как нестабильная и крайне неопределенная. Информация каждого отдельного индивида фрагментарна.

4. Как следствие неопределенности среды, фрагментарности информации индивидов, нестабильности их предпочтений, рынок понимается «австрийцами» не как состояние (в первую очередь, состояние равновесия, находящееся в центре анализа классической экономики и Чикагской школы), а как динамический процесс, в ходе которого индивиды проверяют соотношение своих субъективных взглядов с взглядами иных лиц. Цены позволяют обмениваться информацией об ожиданиях в контексте существующей тенденции к равновесию, пусть и недостижимому, но заложенному в природе людей (наличие способности учиться и заниматься предпринимательской деятельностью).

5. Каждому индивиду принадлежит право собственности на самого себя и результаты своей деятельности, включая дальнейшее получение прав собственности на иные вещи. Для осуществления анализа деятельности необходимо, чтобы права собственности уже существовали, поэтому именно своеобразный подход к теории прав собственности, основанный на теории естественного права, позволил «австрийцам» оспорить важнейшую основу Чикагской школы – эффективность принимаемого законодательства, выводимую из теоремы Коуза.

Действительно, из логики предпосылок Австрийской школы следует, что в рамках их методологии анализа не действует вывод о необходимости закрепления в законодательстве механизма восполнения провалов рынка путем перераспределения ресурса в пользу более эффективного экономического агента (основанный

на теореме Коуза<sup>1</sup>). Правовые системы и правоприменительные органы, включая суды, служат для принятия решений в конфликтных ситуациях. С точки зрения «австрийцев», основная причина любых конфликтов – неясное понимание прав собственности, трактуемых в духе идей естественного права как неотъемлемые, универсальные и неизменные. Обладая правами собственности на самого себя, индивиды могут распространять его и на результаты своего труда, осуществлять первичное присвоение (original appropriation) никому не принадлежащих ресурсов, прикладывая к ним свой труд. Установление прав собственности на ресурсы отвечает, с точки зрения естественного права, моральным интересам всего общества. Основа общества – уважение права собственности каждого из его членов, поскольку любое нарушение неизбежно приведет к конфликту. Получение прав собственности на ресурсы, которые уже находятся в чьей-либо собственности, допускается только в результате добровольного обмена участников, при их полном согласии. В таких обстоятельствах любое другое перераспределение, пусть даже и продиктованное интересами эффективности, вступает в противоречие с принципами австрийского экономического анализа права. Кроме того, сама структура предпочтений не является для «австрийцев» постоянной, поэтому оценка эффективности, исходящая из стабильности предпочтений, просто не имеет для них смысла. Задачу правовой системы «австрийцы» видят в создании максимально возможной определенности, спецификации и ясности прав собственности с передачей права разрешения конфликта самим его участникам всегда, когда это возможно (чиновник или судья все равно не обладает необходимой информацией для поиска оптимального решения, любое законодательное решение меняет структуру предпочтений).

Таким образом, методология Австрийской школы, основанная на проанализированном нами наборе предпосылок, создает все условия для решения новых познавательных задач, отличающихся от тех, которые стоят перед Чикагской школой. Например, упрек Ц. Вельяновски в адрес экономического

---

<sup>1</sup> Поскольку в мире положительных трансакционных издержек результат зависит от первоначального законодательного распределения прав собственности, их надо распределить исходя из логики эффективности (передать наиболее эффективному агенту).

анализа права, сводящийся к игнорированию Чикагской школой исторической изменчивости правовых институтов (которые, исходя из чикагской логики эффективности, никогда не должны меняться после первого нахождения эффективного варианта законодательного решения), с легкостью снимается «австрийцами». С их точки зрения, правовые институты и дизайн правовой системы в целом зависят от постоянно меняющейся структуры предпочтений индивидов, создавая постоянную динамику законодательства. «Австрийцы» в своих работах уделяют существенное внимание эволюции правовых норм и институтов (как формализованных в виде позитивного законодательства, так и абсолютно неформальных).

Задачей экономического анализа права в его австрийском варианте является не построение наиболее точных прогностических моделей, а выявление и объяснение реально существующих закономерностей и феноменов. Именной этой задачей обуславливается более сложная картина мира, в рамках которой прогнозы и предсказания Чикагской школы кажутся чрезмерно идеализированными. Равновесие, которое в той или иной мере всегда присутствует в рассуждениях Р. Познера, предстает в работах «австрийцев» вовсе недостижимым в реальном мире состоянием рынка. Исследование же ученого естественным образом фокусируется на динамическом процессе его достижения, несколько снижая значимость логики эффективности. С некоторыми оговорками, Чикагская школа анализирует частный случай из тех, которые анализирует Австрийская школа.

Из сказанного не следует, что после появления Австрийской школы, значение чикагской методологии снизилось или вовсе нивелировалось. Количественные методы оценки, предлагаемые Р. Познером, не потеряли своей актуальности, а выдвигание столь же определенных критериев оценки правовых норм и институтов в рамках австрийской методологии попросту невозможно, так как любая попытка наталкивается на ограничения, следующие из реалистических предпосылок. Скорее можно говорить о взаимном дополнении подходов двух школ, чем об их противопоставлении. Как образно заметил Г. Креспи, Австрийскую школу можно сравнить с фонарем, находящимся достаточно высоко и неярким светом

освещающим всю улицу, тогда как Чикагская школа – скорее прожектор, позволяющий направить яркий, но узкий луч в одну конкретную точку<sup>1</sup>.

Важным является вопрос о будущем экономического анализа права, которое на текущий момент не кажется достаточно определенным. На примере Австрийской школы можно проследить тенденцию к дроблению экономико-правового знания, отходу от единства времен «первой волны». С точки зрения доверия к направлению в целом, представляется более выгодной ситуация, когда разногласия ученых находятся в рамках одной традиции, не приводя к образованию множества разрозненных школ, скептически настроенных по отношению друг к другу. Р. Познер продолжает выражать надежду на дальнейшее развитие и модификацию экономического анализа права, его обогащение и включение в основную познавательную программу в рамках классической школы феноменов, до поры остававшихся за его пределами<sup>2</sup>.

Как мы уже видели, исторически обусловленный переход от «старой», более узкой трактовки экономического анализа права, к его «новой» версии, включившей доселе недоступные области, был неизбежен и один раз уже состоялся. Теория рационального выбора по-прежнему остается господствующей предпосылкой, пусть с оговорками, но присущей всем течениям экономического анализа права.

Включение в анализ дополнительных предпосылок (будь то ограничения рациональности или нестабильность предпочтений индивидов), обращение к новым методам исследований (будь то прагматология или теория игр) является в сущности лишь дополнительным, вспомогательным инструментарием для выявления все новых, более сложных закономерностей, и дачи новых, все более точных и обоснованных прогнозов и рекомендаций. На новом этапе развития важно вновь определить границы дисциплины, выявить те области, в которых применение экономического анализа права наиболее полезно и обоснованно, сформулиро-

---

<sup>1</sup> Crespi G.S. Exploring the complicationist Gambit: an Australian approach to the economic analysis of law // Notre Dame Law Review. 1998. Vol. 73 № 2. P. 379.

<sup>2</sup> Posner R. Social norms, social meaning and economic analysis of law: a comment // Journal of Legal Studies. 1998. Vol. 27. № 2. P. 553–565.

вать единые познавательные задачи и отобрать инструменты и методы, которые позволят наиболее эффективно их разрешить.

### **3.2. Текущее состояние и постнеклассические тенденции развития учения «Law and Economics»**

После окончания периода острой критики экономического анализа права (1983 год)<sup>1</sup> дисциплина продолжает привлекать к себе внимание научного сообщества. В США экономический анализ права прочно вошел в учебную программу ведущих юридических и экономических факультетов стран, а работа Р. Познера «Экономический анализ права», впервые изданная в 1972 году как монография, выдержала уже 7 переизданий и сегодня по праву считается классическим университетским учебником<sup>2</sup>. В Европе с начала 1990-х годов действует Магистерская программа Эразмского университета по экономике права. В 2004 году она была признана Европейской ассоциацией университетов и включена в число магистерских программ «Эразмус мундус». На сегодняшний день программа объединяет более 10 университетов Европы (Роттердам, Гент, Гамбург, Болонья, Марсель, Манчестер, Мадрид, Линкепинг, Стокгольм, Вена и др.) и Университет Хайфы (Израиль). Программа обмена в области экономики права «The Erasmus» оказала положительное воздействие на изучение дисциплины в Европе. Так, сначала возникла Европейская ассоциация экономики права, а затем и Канадская ассоциация экономики права. В рамках Европейской ассоциации по праву и экономике (EALE) теперь проходят ежегодные конференции, а с 1994 года издается *European journal of law and economics*. Более того, в 1990 году создана Европейская школа права и экономики (*European School for law and economics*), которая располагается в Гентском университете.

Одним из значимых международных центров является Оксфордский центр социально-правовых исследований, который с середины 1970-х годов публикует научные обзоры в области экономического анализа права, организует семинары в

<sup>1</sup> См.: Одинцова М.И. Экономика права. М.: ИД ГУ-ВШЭ, 2007. С. 20.

<sup>2</sup> На русском языке книга была один раз издана небольшим тиражом в 2004 году. См.: Познер Р.А. Экономический анализ права: в 2 т. / пер. с англ. В.Л. Тамбовцева. СПб., 2004. Т. 1. 524 с.

области экономической методологии, занимается проблемами правового регулирования ответственности, вопросами правового регулирования охраны окружающей среды, приватизации и т. д.

В Российской Федерации ряд университетов также подготовил свои программы по экономическому анализу права, которые преподаются преимущественно на экономических факультетах (Московский государственный университет, Уральский государственный экономический университет, Московский государственный институт международных отношений<sup>1</sup>). Для студентов-юристов существует курс экономического анализа права на факультете права в Высшей школе экономики (ГУ – ВШЭ) и курс экономического анализа корпоративного права (проф. М.И. Одинцова) в Российской школе частного права (РШЧП).

О популярности экономического анализа права свидетельствует сравнительно большое количество специализированных печатных изданий. Сейчас в общей сложности издается восемь американских и один европейский журнал, полностью посвященные тематике экономического анализа права. Помимо первого журнала *Journal of Law and Economics* (публикуется с 1958 года), со временем были созданы *Journal of Legal Studies* (основан Р. Познером в 1972 году), *Research in Law and Economics* (издается с 1979 года), (основан в Великобритании в 1981 году), *Journal of Law, Economics and Organization* (выходит с 1985 года) и т. д.

Интересно, что журнал *Journal of Law, Economics and Organization*, созданный в Йельском университете, отражает наметившуюся в экономическом анализе тенденцию к внимательному изучению институтов, которая объясняется развитием неоинституциональной экономической теории. Как отмечалось в колонке редактора этого журнала в самом первом номере, «экономический анализ права развился настолько, что теперь просто не может не включать анализ институциональных форм, в которых существуют правовые нормы и осуществляются сделки»<sup>2</sup>. Заданный издателями вектор в данном журнале сохраняется и теперь.

---

<sup>1</sup> О сложностях разработки учебно-методического комплекса (УМК) см. интервью канд. экон. наук Пономарева А.В. Экономический анализ права: на стыке двух дисциплин. URL: <http://www.mgimo.ru/news/inno/document136575.phtml> (дата обращения: 21.09.2015).

<sup>2</sup> Leo Editor's Foreword // *Journal of Law, Economics, and Organization*. 1985. Vol. 1. P. 3.

Созданный по инициативе Э. Оугуса и Ч. Роули журнал *International Review of Law and Economics* (г. Ньюкасл) регулярно выделяет место для компаративистских исследований и обзоров экономики права в станах романо-германской традиции. Развитие компаративистской методологии в рамках экономического анализа права призвано дать ответ на упреки дисциплины в «тяжелом американо-центристском провинциализме» и «местечково-ограниченной убежденности» в неизбежности следования американскому образцу юридической мысли<sup>1</sup>. Широкое применение в экономическом анализе права компаративной методологии исследований становится одной из отличительных черт современных работ в этой области и, как представляется, со временем эта тенденция будет только усиливаться.

На сегодняшний день можно с уверенностью говорить о том, что экономический анализ права является сформировавшейся сферой постоянных исследований, как в США, так и в Европе<sup>2</sup> (в особенности в таких странах, как Германия<sup>3</sup>, страны Бенилюкса<sup>4</sup>, Италия<sup>5</sup>, а также Скандинавских странах<sup>6</sup>). Даже несмотря на скудную информацию об исследованиях в этой области, которые проводились в странах Африки, Латинской Америки<sup>7</sup> и Восточной Европы, *Law and Economics* является сейчас скорее международным, нежели локальным движением<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Mattei U. *Comparative Law and economics*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1997. P. 69.

<sup>2</sup> Mackaay E. *Law and Economics for Civil Law Systems*, 2013. P. 17–27.

<sup>3</sup> Обзорная статья по немецкому экономическому анализу права. См.: Kirstein R. *Law and Economics in Germany* // *Encyclopedia of Law and Economics* / B. Bouckaert, G. de Geest (eds.). Vol. 1. Edward Elgar Publishing, 2000.

<sup>4</sup> Bouckaert, Boudewijn (1984), *Recht op Zoek naar Economie? – Prolegomena tot een Economische Analyse van het Recht* (Law Looking for Economics? – Preliminary Considerations for an Economic Analysis of Law), Gent, E. Storie-Scientia.

<sup>5</sup> Mattei U., Padoleski R. *Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach* // *International Review of Law and Economics*. 1991. Vol. 11. Is. 3. P. 265–275.

<sup>6</sup> Skogh, Göran (ed.) (1978), *Law and Economics – Report from a Symposium in Lund, Sweden 24–26 August 1977*, Lund, Juridiska Föreningen i Lund.

<sup>7</sup> Актуальной представляется работа М. Паргендлер и Б. Салама, в которой авторы на основе исследования обширного материала отстаивают тезис о сильной поддержке экономического анализа права судами Бразилии, которые неизбежно обеспечат развитие течения и рост его популярности в странах Латинской Америки вопреки настороженности академической юриспруденции. См.: Pargendler M., Salama B. *Law and economics in civil law world: the case of Brazilian courts* // *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*. No. 471.

<sup>8</sup> См.: Дикин С. Современное движение права и экономики. Анализ и оценка // *Истоки*. М.: ИД ГУ-ВШЭ, 2000. Вып. 4. С. 205.

В Японии экономический анализ права находится в самой начальной стадии<sup>1</sup>. Говоря о странах Западной Европы, приходится признать, что во Франции развитие экономического анализа права пока идет несколько медленнее в силу исторически сложившихся там негативных коннотаций между ним и ненаучной идеологией «правого крыла». Отмечается также закрытая атмосфера французской академической среды и специфика карьерного роста профессуры, фактически исключающая возможность обращения к вненациональным концепциям и идеям<sup>2</sup>. В Англии же вспышка интереса к экономическому анализу права способствовала дискуссии среди юристов о необходимости реформы системы деликтной ответственности и изменения схемы компенсации убытков в соответствии с идеями Г. Калабреззи<sup>3</sup>.

Таким образом, тезис о неприменимости экономического анализа права за пределами стран общего права<sup>4</sup> сегодня представляется в целом необоснованным, а сами методы экономического анализа права в странах с кодифицированным правом, напротив, очевидно являются востребованными у исследователей. Следует согласиться с Р. Ланно в том, что «различия между общим и кодифицированным правом не меняют ценность использования методов экономического анализа в рамках этих систем»<sup>5</sup>, хотя и могут повлиять на способ их применения в конкретной правовой системе (перспективам экономического анализа права в России посвящен отдельный параграф настоящей работы).

<sup>1</sup> Однако имеются масштабные попытки исследования системы частного права Японии с позиций экономического анализа права: Ramseyer M. *Second-best Justice: The virtues of Japanese private law*. Chicago: The University of Chicago Press, 2015. 256 p.

<sup>2</sup> Mackaay E. 'Le Juriste a-t-il le Droit d'Ignorer l'Économiste? (May Lawyers Ignore Economists?). 1987.

<sup>3</sup> Veljanovski C. *The Economics of Law – An Introductory Text*. London: Institute of Economic Affairs, 1990.

<sup>4</sup> О концептуальных сложностях применения экономического анализа права в странах романо-германской правовой семьи см: Антонов М.В. О некоторых теоретических проблемах применения экономического анализа права в России // *Право. Журнал ВШЭ*. 2011. № 3. С. 10–25. Особенно ожесточенная позиция в отношении экономического анализа права, выражающаяся в оценке всего направления как абсолютно бесполезного за пределами прецедентного права, высказана А. Курбатовым и Г.Л. Знаменским (см.: Курбатов А. «Американизация» российского права. Экономический анализ права как средство уничтожения его доктрины. URL: <http://zakon.ru/Blogs/OneBlog/2029>; Знаменский Г.Л. Исследования проблем хозяйственного права в новых условиях // *Новое хозяйственное право: избр. тр.: сб. науч. тр.* Киев, 2012. С. 65–79).

<sup>5</sup> Lanneau R. To What Extent Is the Opposition Between Civil Law and Common Law Relevant for Law and Economics? // Mathis K. (ed.) *Law and Economics in Europe // Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship*. Dordrecht: Springer Netherlands, 2014. Vol. 1. P. 23–46.



Сам вопрос о применимости методов экономического анализа права за пределами США в условиях иных правовых систем стоит рассматривать в контексте развернувшейся в 2000-е годы в литературе по «Law and Economics» дискуссии о якобы большей эффективности системы общего права, ее ориентированности на экономический рост по сравнению с системой континентального права. Особую популярность теме обеспечивали постоянные ожидания кризисных явлений в мировой экономике того периода. Наконец, были приведены даже количественные данные о превосходстве системы прецедентного права над романо-германской<sup>1</sup>, однако затем эти выводы были опровергнуты<sup>2</sup>. В ходе обсуждения было выявлено, что дизайн или тип правовой системы непосредственно влияет на качество экономических явлений и институтов только при условии высокого уровня отчетности политиков перед их избирателями.

С 1980-х годов в экономическом анализе права в ответ на критику наметилась тенденция к усложнению и расширению нарратива дисциплины, по сравнению с чикагской классикой, о чем свидетельствует появление уже рассмотренной нами Австрийской школы экономического анализа и школы поведенческой экономики права (бихевиористский экономический анализ права). Поведенческий экономический анализ построен на имплементации в экономический анализ права современных данных поведенческой психологии и теории принятия решений (и, как следствие, корректировке посылки рациональности в сторону ограниченной рациональности). Австрийская школа же существенно усложнила исходные аналитические предпосылки экономического анализа за счет признания неопределенности и динамичности условий внешней среды, ограниченности информации и изменчивости представлений экономических агентов, а также их полнейшей субъективности. Однако обращение к поведенческой психологии, компаративной методологии или «хайековской» картине мира – это далеко не единственная попытка экономического анализа права использовать передовые достижения

---

<sup>1</sup> Glaeser E.L., Shleifer A. Legal Origins // Quarterly Journal of Economics. 2002. Vol. 117. № 4. P. 1193–1229.

<sup>2</sup> Fairfax L.M. The Legal Origins Theory in Crisis // Brigham Young University Law Review. 2009. Vol. 2009. Is. 6. P. 1571–1617.

смежных научных дисциплин. Причем внутренние резервы психологической науки для увеличения экономического потенциала также далеко не исчерпаны. Например, О. Уильямсон в рамках уточнения институциональной программы использовал концепцию стратегического поведения<sup>1</sup> и его опасностей для объяснения целого ряда правовых институтов (в частности, на примере механизма принятия решений собственниками кондоминиума, правового регулирования конфликтов обладателей соседней недвижимости и т. д.)<sup>2</sup>.

Такой математический инструмент анализа человеческого взаимодействия, как теория игр, давно был известен в рамках экономики и моральной философии, на определенном этапе своего развития к нему обратился и экономический анализ права<sup>3</sup>. Суть метода заключается в выявлении закономерностей взаимодействия людей в ситуациях, когда поведение одних прямо или косвенно обусловлено не чем иным, как поведением других. При помощи теории игр экономическим анализом права были исследованы ситуации возникновения спонтанного порядка, преддоговорных переговоров, моделей прав собственности и контрактов<sup>4</sup>.

Сближение экономического анализа права с социологией, к которому призывает ряд авторов, оценивается в научной среде скорее неоднозначно. С одной стороны, предпосылки для использования наработок тех социологов, которые исходят из методологического индивидуализма (Р. Боудон, Дж. Колман, К.-Д. Опп),

---

<sup>1</sup> Стратегическое поведение – поведение лица в условиях необходимости принятия совместного решения и обусловленности общего результата действиями сразу нескольких сторон, при помощи которого оказывается влияние на иных участников ситуации с целью получения выгоды для себя лично. В правоприменительной практике можно обнаружить немало ситуаций, в которых лица придерживаются подобной поведенческой установки. Например, в случае необоснованного завышения выкупной цены земельного участка его собственником при строительстве линейного объекта, когда все остальные собственники уже дали согласие на выкуп своих участков и, фактически, реализация проекта в целом зависит от решения единственного последнего лица. В рамках Чикагского экономического анализа права стратегическое поведение не принималось во внимание (игнорировалось для упрощения модели). В более поздней литературе по экономическому анализу права уже исследуется так называемая «проблема holdout».

<sup>2</sup> Williamson O. *The Economic Institutions of Capitalism – Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: The Free Press, 1985; Williamson O. *The Mechanisms of Governance*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

<sup>3</sup> Barnett R. Foreword: Post-Chicago Law and Economics // *Chicago-Kent Law Review*. 1989. Vol. 65. Is. 1. P. 3–21.

<sup>4</sup> Baird D., Gertner R., Picker R. *Game Theory and the Law*. Cambridge: MA. Harvard University Press, 1994. 330 p.

объективно имеются<sup>1</sup>. Однако с другой стороны, накопление эмпирического материала и наблюдения социологов зачастую воспринимаются как не имеющие под собой какой-либо объяснительной теории, оригинальной гипотезы, на подтверждение или опровержение которой работал бы собранный материал, что приводит к неполноте, фрагментарности, случайности выводов<sup>2</sup>. Также постепенно уходит в прошлое и стремление сторонников экономического анализа права к использованию исторического метода<sup>3</sup> для объяснения эволюции правовых институтов. Так, Е. Маккей отмечает падение в последнее время числа подобных работ по экономическому анализу права<sup>4</sup>. Эмпирический материал, который дают исторические исследования, был просто необходим экономическому анализу права на начальном этапе его развития, позволяя оживить исследования, не давая им быть излишне теоретическими.

Благодаря накоплению научных знаний о модели рационального выбора на стыке с экономическим анализом права возникла теория общественного выбора (Public Choice Theory). В рамках теории рационального выбора закономерности, выявленные «Law and Economics», исследуются применительно к сфере публичного права и политики. Задачей исследователей является анализ механизма действия и влияния частных интересов в публичной сфере при принятии коллективных (правительственных) решений<sup>5</sup>. Чикагская школа исходила из того, что правительство действует с целью исправления провалов рынка, то есть бескорыстно преследует публичные интересы. Теоретики общественного выбора ставят под сомнение наличие

---

<sup>1</sup> Как указывает Е. Маккей, целые выпуски *European Journal of Law and Economics* (EJLE) и *the Wisconsin Law Review* (Wisconsin) были посвящены этой теме (Mackaay E. History of Law and Economics // *Encyclopedia of Law and Economics* / B. Bouckaert, G. De Geest. UK, 2000. P. 91).

<sup>2</sup> Posner R. The Sociology of the Sociology of Law: A View from Economics // *European Journal of Law and Economics*. 1995. № 2. P. 263–284.

<sup>3</sup> На наш взгляд, пиковой точкой использования исторической методологии в экономическом анализе права условно можно считать 1993 год, когда Дуглас Норт совместно с Робертом Фогелем получили Нобелевскую премию по экономике за возрождение исследований в области экономической истории благодаря приложению к ним экономической теории и количественных методов, позволяющих объяснять экономические и институциональные изменения.

<sup>4</sup> Mackaay E. History of Law and Economics // *Encyclopedia of Law and Economics* / B. Bouckaert, G. De Geest. UK, 2000. P. 83.

<sup>5</sup> Mueller D. *Perspectives on Public Choice – A Handbook*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

самой категории «публичный интерес», заявляя, что в реальности она всегда маскирует эгоистические интересы отдельных индивидов или лоббистских групп. С точки зрения теории рационального выбора, у всегда преследующего свой интерес индивида нет причин кардинально менять свой поведенческий паттерн в связи с попаданием во властные круги. Меняется лишь благо, на которое нацелены его действия (в качестве такого блага может рассматриваться переизбрание на новый срок, расширение сферы влияния, повышение чина, новые полномочия и т. д.), которое не перестает при этом быть сугубо личным. Теория общественного выбора предполагает, что политики стремятся принимать программы, выгоды которых наглядны и направлены на концентрированные группы, в то время как издержки этих программ рассеяны настолько широко и незаметно, насколько это возможно.

Наиболее же значимым улучшением, модернизацией взглядов классического экономического анализа явилось обращение внимания современных исследователей на важнейшую роль институтов. Институционализм (и старый институционализм У. Самуэляса, и новый институционализм О. Уильямсона, Д. Норта) в той или иной степени изначально присутствовал в «Law and Economics» на всем протяжении исторического развития дисциплины. Однако в рамках неоклассической модели, которую использует Чикагская школа, считается, что агенты обладают информацией о возможных сделках, а выгодные соглашения достигаются без задержек, не сталкиваясь с проблемой стратегического поведения, а затем добросовестно исполняются сторонами. Австрийская же школа считает, что при полной доступности информации о ценах и полной рациональности субъектов торговля не существовала бы в принципе.

Институты, по своей сути служат именно для того, чтобы сделать действия индивидов более управляемыми, предсказуемыми и, в итоге, приближенными к оптимальным. Они состоят из формальных (законов, писанных правил и т. д.) и неформальных ограничений (норм поведения, соседских соглашений, обычаев и т. п.), а также неких принудительных характеристик<sup>1</sup>. Следовательно, стабильность

---

<sup>1</sup> North D. Economic Performance Through Time // Empirical Studies in Institutional Change. New York: Cambridge University Press, 1996. P. 344.

как неотъемлемое свойство институтов – это их главное достоинство (в момент появления институт представляет собой лучший компромисс из возможных) и одновременно ключевой недостаток (неизбежная сложность мгновенной адаптации к изменившимся условиям). Взгляд на экономический анализ через призму институтов позволяет сохранить тезис об эффективности (оптимальности института), одновременно поставив в качестве самостоятельной задачи вопрос об изменении отдельных институтов, которые могут быть рассмотрены в качестве ограничений (например, увеличивающих издержки обмена или создающих неопределенность, информационную асимметрию) на пути общей оптимизации (эффективности) законодательства. Такой подход позволяет современному «Law and Economics» претендовать на роль полноценной правовой теории, не уклоняясь более от вопроса о дизайне отдельных правовых норм и их эволюционной изменчивости.

Заканчивая обзорное рассмотрение исторической ретроспективы экономического анализа права, хотелось бы обратиться к оценке последних тенденций, наметившихся в изучаемой научной дисциплине, ее основоположником Ричардом Познером. Видя своими глазами взлет и последовавшее за ним падение экономического анализа права первой волны, ученый призывает крайне сдержанно, даже настороженно относиться ко всякого рода усложнениям методологии, стремиться избегать излишнего украшения строго научного ядра теории за счет обращения к модным течениям смежных наук. Чрезмерное многообразие точек зрения и используемых методов создают угрозу утраты доверия к экономическому анализу права со стороны научного сообщества. Думается, что в рамках экономического анализа права должен быть выкристаллизован прямой и понятный метод его применения к правовым институтам, который позволил бы получать достоверные сведения о праве, формулировать содержательные гипотезы о его функционировании и оценке, помогать как в правотворчестве, так и в правоприменительной практике. Возможно, такой метод *ipso facto* не может всегда оставаться простым и требует серьезных познавательных усилий. В то же время «слишком большое количество ненужных украшений теории несет в себе угрозу остановки аналитического двигателя теории. По той же причине, слишком большая готовность отка-

заться от простой модели в пользу альтернативных подходов к поведению при первых признаках затруднений несет риск пересмотра всех многообещающих подходов к экономическому анализу»<sup>1</sup>.

Однажды Г. Беккер, выступая на круглом столе по вопросу современного состояния экономического анализа права, мрачно заметил, что «в последнее время в ней меньше воодушевления, меньше новизны»<sup>2</sup>. Такая позиция представляется нам излишне пессимистичной, а обстоятельства, в которых было сделано подобное заявление, по прошествии времени воспринимаются как закономерный этап развития научной теории. Сегодня же, в эпоху глобализации, постоянного усложнения всех видов общественных отношений и усиления экономической детерминации поведения крайне велик запрос на проведение междисциплинарных исследований. В современной юриспруденции очевиден новый кризис методологии, выходом из которого, на наш взгляд, является обращение к экономическому анализу права в качестве одного из дополнительных методов как исследования, так и толкования права, имеющего широкие перспективы в законотворческой деятельности<sup>3</sup> и правоприменительной практике.

Применение экономического анализа права в качестве мультидисциплинарного направления научных исследований не угрожает системному единству или внутренней логике юриспруденции как самостоятельной науке. Время показало беспочвенность опасений в отношении безоговорочной победы «экономического империализма» над автономией самостоятельных общественных наук, поскольку для экономического анализа права актуальные знания права с позиций профессионального юриста являются ничуть не менее значимыми, чем владение экономическим инструментарием. Игнорирование же актуальной научной методологии может привести к чрезмерной изоляции юридической науки, которая едва ли оправдана в современных условиях. Когда право изменяется настолько быстро, как в

---

<sup>1</sup> Posner R. The Future of Law and Economics: A Comment on Ellickson // Chicago-Kent Law Review. 1989. Vol. 65. P. 60.

<sup>2</sup> Roundtable The Future of Law and Economics: Looking Forward – Roundtable Discussion // University of Chicago Law Review. 1997. Vol. 64. P. 1137.

<sup>3</sup> См.: Тамбовцев В.Л. Методы экономического анализа права в проектировании нормативно-правовых актов // Russian Journal of Legal Studies. 2014. № 4 (1). С. 101–107.

наши дни, юристы неизбежно вовлечены в принятие политических решений, а практически каждое их решение имеет экономические последствия. Результаты юристов, управляющих такими изменениями на основе только правовых навыков и юридической практики, в лучшем случае разочаровывают<sup>1</sup>.

В то же время следует крайне осторожно относиться к усложнению и дроблению учения «Law and Economics» на текущем этапе его развития, дабы не подорвать его авторитет в научной среде и не спешить с заимствованием новой, неустоявшейся методологии (которая впоследствии может быть подвергнута пересмотру в науке, из которой была заимствована) и, наконец, определиться с оптимальной научно-исследовательской программой, отказавшись от исследования тех областей права, где преимущества экономического анализа в известной мере нивелируются (например, семейное право).

Подводя итог первой главе диссертационного исследования, необходимо сделать следующие выводы:

1. Учение «Law and Economics» является одним из новейших научных направлений в юриспруденции и обладает статусом самостоятельной, стремительно развивающейся научной школы. Указанное политико-правовое учение обосновывает необходимость познания правовых феноменов, исходя из экономических детерминант, предпосылок и методологии индивидуализма (применение теории рационального выбора, ценовой теории, теоремы Коуза, а также понятий альтернативных, трансакционных издержек и эффективности) в качестве одного из актуальных направлений исследования проблем государства и права. При этом, благодаря своей специфике, «Law and Economics» обладает весомым потенциалом для решения как научных, так и политических задач.

2. В научной литературе по «Law and Economics» отсутствует общепринятая периодизация развития учения, в полной мере отражающая его историческое развитие. Имеющиеся варианты фрагментарны и сводятся либо к делению экономического анализа права на «старый» и «новый» (Р. Познер), либо к выделе-

---

<sup>1</sup> Posner R. The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987 // 100 Harvard Law Review. 1987. P. 770.

нию в нем «первой» и «второй» волны (Е. Маккей, А. Бальсевич), при этом часть ученых отказывается от идеи периодизации как не имеющей научной и познавательной ценности.

3. Для целей изучения развития экономического анализа права на всем историческом горизонте автором предложена собственная периодизация развития учения, включающая следующие этапы: 1) этап формирования исходных идей (со времен Античности до 40-х годов XX века), на котором, начиная с работ древнегреческих мыслителей Платона и Аристотеля, то есть задолго до формирования экономики как самостоятельной науки (А. Смит), стали формироваться концептуальные основания-предпосылки дальнейшего становления и обособления учения «Law and Economics»; 2) классический этап (40-е – 70-е годы XX века) – период расцвета учения, интенсивного роста его влияния и резкого увеличения числа сторонников, в который сложилась ставшая впоследствии классической Чикагская школа (Р. Познер), а такие ученые как Р. Коуз, Г. Беккер и Г. Калабрези заложили концептуальные основы для всего последующего развития «Law and Economics»; 3) современный этап (с 1980-х годов по настоящее время), начавшийся с выдвижения на лидирующие позиции наряду с Чикагской школой неклассической Австрийской школы (М. Риццо, И. Кирцнер, У. Блок, Р. Эбелинг, Г. Креспи, Л. Секрест, Н. Кинселла, Р. Кордато, К. Воннел, Л. Уайт, Г. Фолмер и др.), скорректировавшей предпосылки анализа за счет включения в них изменчивости предпочтений индивидов, динамического характера рынка и неполноты (фрагментарности) информации, что стало достойным импульсом к усложнению используемой модели реальности в современном экономическом анализе права.

4. Основой для учения «Law and Economics» с одной стороны, послужили идеи неприятия чрезмерно формального юридического подхода к праву, нашедшие отражение в концепциях естественного права (Платон, М.Т. Цицерон, Ф. Аквинский, Т. Гоббс, Дж. Локк, Ж.-Ж. Руссо), философии утилитаризма (И. Бентам), шотландского просвещения (Д. Юм), американского правового реализма (О. Холмс, Р. Паунд, Б. Кардозо, К. Льюэллин), школы критических правовых исследований (А. Хант, С. Холл, Д. Кеннеди, Р. Ангер), а с другой стороны



экономические идеи (нео) классической (А. Смит, Д. Рикардо, Т. Мальтус, Дж. С. Милль, К. Маркс, К. Менгер, М. Фридман, П. Самуэльсон, А. Пигу и др.), новой исторической (В. Зомбарт, Г. Шмоллер, М. Вебер, Л. Brentano, К. Бюхер и др.) и (нео) институциональной (Р. Коуз, Д. Норт, О. Уильямсон, Г. Демсец, Т. Веблен, Дж. Коммонс, Дж. Гэлбрейт и др.) школ.

5. При этом европейские школы права, такие как социология права (Д. Анцилотти, О. Эрлих, М. Вебер, Э. Дюркгейм, Л. Дюги), юриспруденция интересов (Р. Иеринг), школа свободного права (Л. Канторович, Г. Радбрух, Е. Эрлих), не смогли оказать значительного влияния на становление «Law and Economics», в связи со спецификой континентальной правовой традиции, у истоков которой стоит философия И. Канта и где юриспруденция традиционно позиционируется как полностью самодостаточная, автономная, догматическая наука, не нуждающаяся в междисциплинарном взаимодействии.

6. Учение «Law and Economics» является интернациональным и занимает важное место в современной мировой юриспруденции. В настоящее время география «Law and Economics» выходит далеко за пределы США (где учение первоначально зародилось и обрело наибольшее количество последователей), включая также страны Европы (учение имеет значительное влияние в Германии, странах Бенилюкс, Италии и ряде других государств Европейского союза), Скандинавские страны и Латинскую Америку (наиболее бурный рост отмечается в Бразилии).

## Глава 2. Роль экономического анализа права в юриспруденции

Проанализировав в первой главе настоящей работы историческую динамику развития идеи экономического анализа права, начиная от ее первоначального выражения в трудах античных философов вплоть до сложных современных мультидисциплинарных концептов (бихевио-экономический анализ и т. п.), и набрав тем самым необходимый эмпирический материал, мы подготовили необходимую основу для того, чтобы в настоящей главе выявить место и значение исследуемого феномена в системе общественно-научного (а также собственно-юридического) знания.

Для корректного применения идей экономического анализа права в юриспруденции важнейшей предварительной предпосылкой представляется их первоначальное теоретическое осмысление, выявление границ их использования, определение конкретных целей и задач, для достижения которых такое применение оправдано и актуально, наконец, поиск оптимального соотношения с другими элементами юридической науки, поиск путей имплементации и интеграции научного знания.

Концентрируясь на решении частных вопросов, проблема места экономического анализа права в системе правовой (юридической) науки обычно остается в тени как второстепенная. При этом экономический анализ права характеризуется авторами как популярное направление современной юриспруденции<sup>1</sup>, неотъемлемая часть правовой науки и университетского расписания в США,<sup>2</sup> передовое направление исследований на стыке экономики и юриспруденции<sup>3</sup>,

---

<sup>1</sup> См.: Антонов М.В. О некоторых теоретических проблемах применения экономического анализа права в России // Право. Журнал ВШЭ. 2011. № 3. С. 10.

<sup>2</sup> См.: Грехинг К., Гелтер М. Трансатлантические различия в правовой мысли: американский экономический анализ права против немецкого доктринализма // Вестник гражданского права. 2010. № 6. С. 207.

<sup>3</sup> См.: Шмаков А.В. Экономический анализ права: учебное пособие. Новосибирск: Изд-во НГТУ, 2005. Ч. 1. С. 4.

интегральная научная дисциплина<sup>1</sup> и даже как экономическая теория права<sup>2</sup>. Как видно, ученые подчеркивают значение и важность экономического анализа права, не заостряя при этом внимания на том, самостоятельна ли эта дисциплина, носит ли она интегральный характер, является междисциплинарной или мультидисциплинарной, либо же представляет собой лишь определенный методологический прием, который может быть с успехом применен к различным областям знания, в том числе и к юриспруденции. Вместе с тем, Чикагская школа фактически, как мы убедились, претендовала на переосмысление всего юридического знания под углом экономики, то есть стремилась создать новую экономическую теорию права. Обоснованность подобных притязаний необходимо исследовать.

Именно решение вопроса о месте экономического анализа права в системе теоретического (научного) знания, на наш взгляд, позволит максимально раскрыть заложенный в экономическом анализе права исследовательский потенциал, избежав при этом неоправданной редукции или, напротив, необоснованной гиперболизации амбиций направления, как правило, только мешающих признанию в академической среде. Существенное значение приобретает также выявление содержания экономического анализа права в более широком современном научном контексте, а именно в свете усилившейся тенденции к разрастанию «экономического империализма»<sup>3</sup>.

Кроме того, представляется необходимым выявить наиболее обоснованный вариант наименования изучаемой научной дисциплины, наиболее точно соответствовавший бы ее содержанию, учитывая многообразие встречающихся в литературе названий, выявить преимущества и ограничения инструментария экономического анализа права и оценить возможность его применения в условиях российской научной среды и правовой системы.

---

<sup>1</sup> См.: Одинцова М.И. Экономика права. М.: ИД ГУ-ВШЭ, 2007. С. 7.

<sup>2</sup> См.: Хабриева Т.Я. Экономико-правовой анализ: методологический подход // Журнал российского права. 2010. № 12. С. 9.

<sup>3</sup> Примером набирающей ход научной дискуссии вокруг экономического империализма является публикация № 3 журнала «Общественные науки и современность» за 2008 год, посвященного именно этой проблеме.

#### **§ 4. Русскоязычная терминология «Law and Economics» в условиях экспансии экономики в научном познании**

Общественные науки, в связи с все более усиливающейся специализацией научного знания, накапливают и по своему интерпретируют не совпадающие знания об одних и тех же объектах социальной реальности. Сопоставление, интеграция и всесторонний анализ этих несовпадающих знаний, позволяющий выйти за рамки какой-то одной науки и тем самым существенно расширить и обогатить представления об исследуемом предмете, является своеобразным «пусковым механизмом», наглядно демонстрирующим практическую и теоретическую необходимость взаимодействия различных общественных наук между собой.

Как отмечал философ права Б. Кистяковский, окружающая нас жизнь представляет собой неоднородную реальность. При этом все реальности связаны между собой и в какой-то мере опираются друг на друга. Реальность права одновременно является и психической, и духовной. Указывал ученый и на своеобразие правовой реальности, которая, по его мнению, находится приблизительно посередине между реальностью произведений скульптуры (живописи) и литературы (музыки), тяготея при этом к первым<sup>1</sup>.

Правовая реальность, изучаемая в рамках юриспруденции, отличается существенным своеобразием хотя бы на том основании, что использует свою уникальную лексику, оперируя понятиями совершенно в особом смысле, отличном от придаваемых им в бытовом языке и других науках значений. Например, понятие вины для юриста, теолога или психолога полностью отличаются друг от друга. Отраслевая специализация наук ведет к существенной специфике даже в рамках внешне схожего категориально-понятийного аппарата. Так, говоря о популярной на сегодняшний день теме инноваций, юрист, прежде всего, имеет в виду защиту прав интеллектуальной собственности и смежных прав для лиц, вступающих в соответствующие правоотношения. Экономиста же, вероятно, в первую очередь будет интересовать экономический эффект от нововведения. И это абсолютно нормально, поскольку в правовой реальности акцент всегда делается на возмож-

---

<sup>1</sup> См.: Кистяковский Б. Философия и социология права. СПб., 1998. С. 184.

ные нарушения, в то время как в экономической – на прибыль, материальный эффект деятельности. Искусственно конвергировать понятия для создания некоего общего «межнаучного» словаря вряд ли рационально, поскольку с большой долей вероятности полученные таким образом термины перестанут отвечать общим интересам взаимодействующих наук, но также перестанут быть пригодными даже и для их материнской науки.

Вместе с тем, в один момент экономическая теория на правах общественной науки с наиболее разработанной методологией количественного и качественного анализа социальных явлений, разработанной математической и статистической основой, стала предпринимать попытки выхода за пределы своего предмета. «Экономизация» окружающего мира стала особенно заметной в последние полвека, когда все чаще стали предприниматься попытки обсуждения самого широкого круга вопросов в товарно-денежных категориях. По образному выражению В.Л. Тамбовцева, такая «наступательная позиция» ученых-экономистов, стремящихся увидеть вокруг все новые экономические сюжеты, экспансия экономического знания, получила название «экономического империализма»<sup>1</sup>.

Значение социальных норм и институтов (в том числе права) всегда признавалось в экономической науке, но их предметным изучением до появления институциональной экономики занимались философия, социология, антропология, культурология, юриспруденция. В рамках «Law and Economics» экономический империализм ассоциируется в первую очередь с именем Г. Беккера. «Колонизация» экономикой новых предметных областей включает в себя не только право, но историю, социологию и т. д. В этой связи предлагается рассматривать «Law and Economics» как часть более широкого движения экономической теории, а именно экономического империализма<sup>2</sup>.

Однако коннотации между «Law and Economics» и экономическим империализмом могут носить и негативный характер, поскольку предполагают несколько

---

<sup>1</sup> См.: Тамбовцев В.Л. Методы экономического анализа права в проектировании нормативно-правовых актов // Russian Journal of Legal Studies. 2014. № 4 (1). С. 101.

<sup>2</sup> См.: Дикин С. Современное движение права и экономики. Анализ и оценка // Истоки. М.: ИД ГУ-ВШЭ. 2000. Вып. 4. С. 223.

грубое вторжение экономики на территорию суверенной области научного знания, к которой относит себя юриспруденция, традиционно подчеркивавшая свою автономию в ряду гуманитарных наук. Использование же достижений «Law and Economics» юриспруденцией возможно и гораздо более «мягкими» способами, учитывающими специфику предмета и более бережно относящимися к ценностям и самодостаточности права, оставляющими юриспруденции самостоятельный статус, а не превращающими ее в очередную колонию экономики. Например, возможна корректировка модели правосознания исходя из уровня экономического знания, модели рационального поведения. Кроме того, «Law and Economics» может использоваться в качестве смежной дисциплины, изучаемой студентами-юристами (как, например, юридическая психология, философия права, социология права и т. п.). Для этого абсолютно не обязательно выстраивать новую «экономическую теорию права», которая уже самой постановкой вопроса претендует на отказ от ранее существовавшей правовой теории, как бы сомневаясь в ее правильности.

В этой связи хотелось бы остановиться на терминологическом аспекте. «Law and Economics» чаще всего переводится на русский язык тремя путями, каждый из которых лингвистически корректен, но имеет разный эпистемологический оттенок:

1. «Экономика права» (экономическая теория права) (А.Н. Жильцов, Т.Я. Хабриева, А. Бальсевич<sup>1</sup>, М.И. Одинцова и др.) – имеет наибольшую связь с экономическим империализмом, акцентирует внимание на глобальности познавательных амбиций направления, некое «замещение» традиционной теории права.

2. «Право и экономика» (С. Дикин, М.В. Антонов, О.А. Воловик<sup>2</sup>) – наименование с позиций классической междисциплинарности, отражающее в своем названии как бы две фундаменталистские дисциплины, которые остаются автономными, несмотря на имеющиеся пересечения научно-исследовательского горизонта.

---

<sup>1</sup> А. Бальсевич прямо указывает, что «английский вариант наименования дисциплины – право и экономика – является не вполне точным. Право и экономика – это скорее экономика права». См.: Бальсевич А. Экономика права: предпосылки возникновения и история развития // Вопросы экономики. 2008. № 12. С. 60.

<sup>2</sup> М.В. Антонов и О.А. Воловик высказывают мнение о том, что терминологически возможно использовать наименования «право и экономика» и «экономический анализ права» в качестве тождественных.

3. «Экономический анализ права» (В.Л. Тамбовцев, А.Г. Карапетов, В.И. Авдийский и др.) отражает мультидисциплинарную суть<sup>1</sup> предмета, а также указывает на своеобразие применяемого методологического арсенала, поэтому именно эта формулировка представляется нам наиболее точной, взвешенной и герменевтически обоснованной.

Экономический империализм по своей сути выдвигает довольно радикальный тезис о возможности исследования абсолютно любых явлений, в том числе и права, сквозь призму экономической эффективности. Такая гипотеза скорее является преувеличенной, гипертрофированной. Как верно отмечает М.В. Антонов, «история политико-правовой мысли уже имела немало примеров подобных мета-теорий, 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»<sup>2</sup>.

Т.Я. Хабриева замечает, что соприкосновение права и экономики, предполагающее необходимость комплексных исследовательских подходов, общепризнанно проявляется в теме эффективности права, которая имеет сложившуюся научную традицию в правовой доктрине<sup>3</sup>. В теории государства и права под эффективностью норм права подразумевается соотношение между фактическим результатом их действия и теми социальными целями, для достижения которых эти нормы и были приняты<sup>4</sup>. В экономическом анализе права, особенно если его рассматривать с позиций экономического империализма, вопрос эффективности приобретает несколько иное звучание, поскольку экономическая эффективность (оптимальное распределение ресурсов в обществе) понимается как превалирующая

<sup>1</sup> Подробно об отличиях междисциплинарных и мультидисциплинарных исследований – в § 5.

<sup>2</sup> Антонов М.В. О некоторых теоретических проблемах применения экономического анализа права в России // Право. Журнал ВШЭ. 2011. № 3. С. 19.

<sup>3</sup> См.: Хабриева Т.Я. Экономико-правовой анализ: методологический подход // Журнал российского права. 2010. № 12. С. 18.

<sup>4</sup> См.: Марченко М.Н. Общая теория государства и права. Академический курс: в 3 т. 3-е изд. М.: Норма, 2007. Т. 3. С. 116.

цель правовой политики, достижение которой максимально приоритетно для государства и общества. Для юриспруденции же, напротив, экономическая эффективность не является первоочередной задачей, установка на экономическую эффективность вступает в противоречие со справедливостью, рассматриваемой юристами как ключевой, системообразующий, всеобщий принцип права<sup>1</sup>. Вопрос о том, каким образом должны разрешаться коллизии между вступающими в противоречие целями справедливости и экономической эффективности, не может быть решен посредством констатации необходимости доминирования одной из этих целей над другой во всех случаях (причем очевидно, что экономисты и юристы скорее всего разойдутся в своем выборе ключевой цели)<sup>2</sup>.

Уже в работах Аристотеля<sup>3</sup> проводится деление справедливости на общую и частную, а также разделяющую (геометрическое равенство, «равный критерий к неравным людям») и уравнивающую (арифметическое равенство, игнорирующее фактическое неравенство людей, «справедливое неравенство»). Для юриспруденции наибольшую актуальность имеет классификация общей справедливости, даваемая античным философом, впервые выделившим следующие виды общей справедливости, имеющие прямую связь с базовыми идеями различных отраслей права:

- дистрибутивная (распределительная) – распределение благ в соответствии с принятым критерием (например, корреляция между ценностью труда и величиной вознаграждения за него). Именно этим видом справедливости во многом определяется содержание налогового права (например, прогрессивная шкала налогообложения);
- рестрибутивная (воздающая) – неравное пропорциональное воздаяние (например, недопустимость наказания в виде лишения свободы за превышение скорости на 10 км/ч учитывает степень общественной опасности деяния).

<sup>1</sup> С позиций либертарной концепции права, позитивное право и есть справедливость, имеющая силу закона или общеобязательную форму равенства и свободы. См.: Нерсисянц В.С. Общая теория государства и права: учебник для вузов. М.: Норма, 2004. С. 75.

<sup>2</sup> Подробнее об этом см.: Тимофеев Е.А. Соотношение эффективности как цели правовой политики с принципом справедливости (с позиций экономического анализа права) // Евразийский юридический журнал. 2015. № 6. С. 168–170.

<sup>3</sup> См.: Аристотель. Сочинения: в 4 т. / пер. с древнегреч. М.: Мысль, 1983. Т. 4. 830 с.



Под влияние концепции рестрибутивной справедливости шла эволюция уголовных наказаний от арифметического «око за око» до геометрического учета степени общественной опасности деяния при назначении наказания (ст. 6 Уголовного кодекса РФ);

- коммуникативная (корректирующая) – баланс в межличностных отношениях, в частности, при обмене (например, неприятие необоснованно высоких цен или недействительность кабальных сделок). Содержание деликтной (компенсация ущерба жертвам несчастных случаев) и договорной (компенсации за нарушение договорных условий) ответственности в гражданском праве задано идеей коммуникативной справедливости.

Помимо использования аристотелевского понимания справедливости, экономисты также попытались формализовать собственное понимание справедливости, в результате чего было создано несколько чисто экономических подходов к справедливости<sup>1</sup>:

- утилитарный подход – справедливо распределение, максимизирующее суммарную полезность всех членов общества, благо распределяется тем, кто получает от этого большую полезность;
- рыночный подход классического либерализма – справедливо рыночное распределение, принудительное распределение неприемлемо;
- эгалитарный подход – приоритет отдается равному распределению между членами общества, выравниванию доходов;
- подход Дж. Ролза – наиболее справедливо распределение, максимизирующее полезность наименее обеспеченных членов общества.

С точки зрения экономического анализа права, экономическая эффективность (в этом контексте не так важно, определяется она по критерию Парето, критерию Калдора-Хикса или Дж. Ролза<sup>2</sup>) использования ресурсов является ключевым фактором, который должен определять их перераспределение (аллокацию).

---

<sup>1</sup> Шмаков А.В. Экономический анализ права: учебное пособие. Новосибирск: Изд-во НГТУ, 2005. Ч. 1. С. 85.

<sup>2</sup> Критерии экономической эффективности будут более подробно рассмотрены в § 6 настоящей работы.

Только если право будет исходить из соображений экономической эффективности, ресурсы перейдут в руки тех, кто их выше ценит (экономически эффективнее использует), а значит, увеличится совокупное богатство общества (aggregate wealth). Более того, основоположник Чикагской школы Ричард Познер отстаивал тезис о том, что система общего права не явно уже преследует цель достижения экономической эффективности, а при разрешении споров суды интуитивно воспроизводят действие рыночного механизма, переводя экономическую логику на язык права. Различия между экономическим детерминизмом решений судей и правовым регулированием носят чисто лингвистический характер, в смысловом же поле они попросту отсутствуют<sup>1</sup>. В 1970-е годы разгорелась острая дискуссия вокруг предложенного экономическим анализом права понимания экономической эффективности как правовой нормы<sup>2</sup>.

Довольно широкий диапазон разнообразных точек зрения, высказанных в литературе по экономическому анализу права, по проблеме соотношения целей экономической эффективности и справедливости правового регулирования, может быть сведен к трем основным позициям.

**1.** Сторонники подхода, наиболее тяготеющего к позиции экономического империализма, опираясь на ранние взгляды Р. Познера, пытаются нивелировать остроту вопроса, заявляя о смысловой тождественности понятий «экономическая эффективность» и «справедливость»<sup>3</sup>. Сторонники этой точки зрения говорят о том, что справедливость есть не более чем перевод эффективности на язык этики. Рост благосостояния общества, достигаемый в результате принятия экономически эффективного политико-правового решения, нивелирует проигрыш конкретных индивидов, от него пострадавших, поскольку в долгосрочной перспективе выгоду получают все члены общества.

<sup>1</sup> Posner R. Economic analysis of law. 6<sup>th</sup> ed. 2003. Part 2.

<sup>2</sup> См.: Шеффер Г.Б. Эффективность как правовая норма // Истоки: экономика в контексте истории и культуры. М.: ИД ГУ-ВШЭ, 2004. Вып. 5. С. 393–420; Posner R. Utilitarianism, economics, and legal theory // Journal of Legal Studies. 1979. Vol. 8. P. 103; Posner R.A. The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication // Hofstra L. Rev. 1980. Vol. 8. P. 487; Dworkin R. Is wealth is value? // Journal of Legal Studies. 1980. Vol. 9. P. 191.

<sup>3</sup> «Второе значение слова «справедливость», причем наиболее распространенное значение, просто «эффективность», – заявляет Р. Познер.

Р. Познер считает экономическую эффективность в принципе более обоснованным критерием, чем справедливость, даже с точки зрения этики<sup>1</sup>. В контексте судебных решений, указывает он, попытка руководствоваться справедливым распределением по вопросам, по которым не существует общественного единства, сделала бы судебный процесс только более субъективным и неопределенным. С такой позицией согласны даже не все сторонники взглядов Р. Познера. Ф. Микельман замечает, что пока убедительно не доказано, что максимальное приращение богатства является приемлемой этической теорией, нельзя ориентироваться только на критерий экономической эффективности и, тем более, нельзя утверждать, что судьи уже исходят из нее<sup>2</sup>. В то же время профессор Дж. Прист, напротив, утверждает, что общее право стремится к эффективности вопреки судебскому недоверию и даже жесткому непринятию этой установки<sup>3</sup>.

Гипотеза Р. Познера о подчиненности общего права логике эффективности, попытка создания позитивной теории экономического анализа права на этой основе является одним из наиболее спорных и критикуемых положений всего направления<sup>4</sup>, носящих эксплицитный экономико-империалистический характер. Вельяновски указывает, что тезис Ландеса-Познера, что «логика закона на самом деле – экономика»<sup>5</sup>, очевидно сомнителен, у него очень скудная эмпирическая основа, которая вызывает взаимоисключающие истолкования и базируется на методологии, которая также сомнительна<sup>6</sup>.

**2.** Под огнем критики, частично признанной Р. Познером, который согласился с неспособностью объяснить вполне убедительным образом, почему общее право должно быть эффективным, а также признал неполный и неопределенный характер

<sup>1</sup> См.: Познер Р. О применении экономической теории и злоупотребление ею при экономическом анализе права // Истоки: экономика в контексте истории и культуры. М.: ИД ГУ-ВШЭ, 2004. Вып. 5. С. 328.

<sup>2</sup> Michelman F. Norms and Normativity in the Economic Theory of Law // Minnesota Law Review. 1978. Vol. 62. P. 1015–1048.

<sup>3</sup> Priest G. The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules // Journal of Legal Studies. 1977. Vol. 6. P. 65–82.

<sup>4</sup> Этот вопрос уже частично затрагивался в пункте 3.2 § 3 настоящей работы

<sup>5</sup> Landes W., Posner R. The Economic Structure of Tort Law. Harvard University Press, 1987. 329 p.

<sup>6</sup> Veljanovski C. The Economic Approach to Law: A Critical Introduction // British Journal of Law and Society. 1980. Vol. 7. P. 158–193.

эмпирических данных, подкреплявших его первоначальный тезис<sup>1</sup>, радикальная версия нормативной справедливости, высказанная в ранних работах, уступила место умеренной версии. Эффективность стала рассматриваться самим Р. Познером как преобладающий, но не единственный фактор формирования системы общего права.

Фактически в более поздних работах Р. Познера экономическая эффективность стала рассматриваться в качестве опровержимой презумпции, отступление от которой должно быть абсолютно осознано и аргументировано в каждом конкретном случае отходящего от нее политико-правового выбора<sup>2</sup>. В своем умеренном варианте названный тезис кажется нам гораздо более жизнеспособным и практически целесообразным, и даже в чем-то необходимым, например, в законотворческой деятельности. Оптимальным представляется дополнение тезиса указанием на использование при определении экономической эффективности в данном контексте критерия Парето, но не критерия Калдора-Хикса, чтобы избежать обоснованного упрека в легитимации допустимого ущерба.

3. Далеко не все ученые поддерживали нормативные рассуждения об эффективности общего права, считая этот экономико-империалистический дискурс развития дисциплины неверным (Г. Калабрези, У. Самуэльс, К. Санстин). Гвидо Калабрези в принципе отказывался сравнивать значимость экономической эффективности и справедливости как равноценных понятий, считая, что любое изменение законодательства в первую очередь подлежит оценке с позиций справедливости, а при несправедливых решениях риторика эффективности неуместна. В своей знаменитой работе «Издержки несчастных случаев» (1970 год) применительно к теме реформирования системы деликтного права он пришел к выводу, что именно справедливость устанавливает границы для мер к сокращению издержек несчастных случаев. Несправедливая система не может быть выбрана только потому, что она позволяет эффективно уменьшать издержки несчастных случаев<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Познер Р. О применении экономической теории и злоупотреблении ею при экономическом анализе права // Истоки: экономика в контексте истории и культуры. М.: ИД ГУ-ВШЭ, 2004. Вып. 5. С. 332.

<sup>2</sup> Posner R.A. The Problematics of Moral and Legal Theory. 2002. P. 46–47.

<sup>3</sup> Calabresi G. Cost of Accident: A legal and economic Analysis. New Haven. L.: Yale University Press, 1970. P. 24–25.

Таким образом, далеко не все работы по экономическому анализу права носят сугубо нормативный характер, пытаюсь навязать в качестве общего критерия оценки экономическую эффективность. Чрезмерная «экономизация» в познании носит скорее провокационный, чем собственно-научный характер. Вопрос о границах допустимости экономической логики не может быть предрешен заранее, только попытки ученых выйти за пределы ранее полученного знания и объективный анализ ценности таких попыток могут дать подлинный научно-ценный результат. Как верно подметил У. Самуэльс, зацикливание права на максимизации экономического благосостояния лишает право жизни и большей части того, что делает человеческую жизнь значимой.

На современном этапе развития экономико-правового знания предлагается примирить цели экономической эффективности и справедливости правового регулирования посредством использования отраслевого многообразия правовой материи. Чтобы дистрибутивная справедливость могла быть реализована, не вступая в конфликт с экономической эффективностью, предлагается использовать для перераспределения ресурсов такие отрасли права, как налоговое право и право социального обеспечения. Экономически обоснованным, несмотря на издержки администрирования, возможные злоупотребления и сбои в работе налоговой системы и системы социального обеспечения, считается перераспределение ресурсов (доходов) посредством публичного права<sup>1</sup>. Использование в механизмах перераспределения отраслей частного права с экономической точки зрения не оптимально, поскольку правовое регулирование горизонтальных (частноправовых) отношений с позиций справедливости чревато созданием неправильной системы стимулов. Желательным для частной сферы является сохранение устойчивых стимулов к эффективному рыночному обмену, максимизации благосостояния, иначе уменьшение общего благосостояния негативно скажется на обществе в целом.

В литературе по экономическому анализу права накоплено немало примеров, доказывающих негативные (особенно ярко это проявляется в долгосрочной

---

<sup>1</sup> Shavell S. A note on efficiency vs Distributional Equity in legal rulemaking: Should Distributional equity matter given optimal income taxation? // American Economic Review. 1981. Vol. 71. № 2. P. 414.

перспективе) последствия имплементации дистрибутивно-справедливых норм в отрасли частного права, непосредственно связанных с функционированием рынка. Например, Г. Беккер наглядно продемонстрировал, что преследующее справедливую цель вмешательство в механизм свободного ценообразования на рынке труда в виде установления минимального размера оплаты труда (МРОТ) приводит не к достижению цели дистрибутивной справедливости, а к прямо противоположным последствиям в виде роста безработицы, причем в первую очередь у социально незащищенных групп населения (в частности, студентов). Причина этого явления достаточно банальна и заключается в том, что работодатель, который был готов взять работника на работу только с заработной платой ниже МРОТ (а работник, в то же время, был согласен на это), теперь лишен возможности сделать это легально.

Рынок как механизм, по своей сути направленный на увеличение богатства, во всех случаях интерпретирует все сигналы, в том числе и исходящие от правовых норм, именно через эту призму, что ведет к преломлению чуждых стимулов. Законодательное ограничение максимальных цен (процентов) приводит к формированию «теневых» рынков, искусственному дефициту. Вменение производителям в обязанность давать гарантию на свой товар влечет появление рынков по модели «товар плюс гарантия». Появление нормативно обязательных требований к помещениям, сдаваемым в аренду, приводит к росту арендной платы. Перечень подобных примеров можно было бы продолжить, но и сказанного достаточно, чтобы понять основную мысль.

С точки зрения экономического анализа в частном (особенно гражданском) праве в целом целесообразнее ориентироваться на достижение эффективности по Парето (приращение экономической эффективности посредством частных трансакций, заключаемых к взаимной выгоде, акцентированная свобода договора), не ставя вопрос о дистрибутивной справедливости. Для справедливого перераспределения ресурсов специально предназначены отрасли публичного права (в частности, налоговое право и право социального обеспечения). На наш взгляд, в любом случае допустимым остается вмешательство для регулирования провалов

рынка и случаев, когда экономическая логика вступает в противоречие с основами системного единства права<sup>1</sup>.

Дискуссия о соотношении экономической эффективности и справедливости ярко высвечивает отрицательные последствия влияния экономического империализма на объективность и адекватность экономического анализа права. Может сложиться обманчивое впечатление, что единственное, что может привести в юриспруденцию экономический анализ права – это обсуждение правовых вопросов с позиций эффективности, тогда как возможности экономического подхода намного шире, и этим отнюдь не исчерпываются.

Безусловно, экономический империализм отражает гораздо более широкий социальный, политический и исторический феномен «экономизации» социальной жизни. Разворот социального дискурса в сторону поиска экономического содержания любого явления является современной тенденцией. Однако в сфере научного знания, которое должно быть объективным, доказуемым, потенциально фальсифицируемым и стоящим вне эмоционального уровня восприятия, необходимо придерживаться строго научного подхода.

В этом ключе позволим себе не согласиться с Р. Капелюшниковым, выступившим за необходимость рассмотрения «Law and Economics» в контексте экономического империализма<sup>2</sup>. Наиболее плодотворным представляется рассмотрение «Law and Economics» в качестве самостоятельного направления, что позволит уйти от сомнительного наследия экономического империализма, нежелательного в академической среде, все еще испытывающей разочарование в идеях марксизма, сконцентрировав познавательные усилия на представляющей подлинную научную ценность методологии учения.

Экономический империализм явился лишь неким социально-общественным контекстом, в рамках которого как самостоятельная дисциплина сформировался

---

<sup>1</sup> Вряд ли допустимо обоснование только через экономическую эффективность таких политико-правовых решений, как, например, создание рынка суррогатного материнства, легитимация смертной казни, чрезмерное увеличение ответственности без учета степени общественной опасности, эвтаназия, легализация наркотиков или проституции и т. д.

<sup>2</sup> См. комментарий проф. Р. Капелюшникова к статье Дикин С. Современное движение права и экономики. Анализ и оценка // Истоки. М.: ИД ГУ-ВШЭ. 2000. Вып. 4. С. 223.

экономический анализ права. И если в нормативном (и зачастую наиболее критикуемом) варианте экономического анализа права это влияние контекста хорошо заметно, то позитивный экономический анализ права свободен от него и стремится к объективности, самостоятельности суждений и выводов. Такой экономический анализ права крайне полезен при разрешении конфликтов между справедливостью и эффективностью. В ходе решения проблемы неизбежно каждый раз придется искать компромисс в условиях ограниченности ресурсов, а это именно та область, где экономический анализ права является наиболее релевантной методологией, которая дает информацию о затратах и издержках каждого из решений, но должна сама удерживаться при этом от нормативных суждений. Как изящно отметил Т.Н. Тайдман, часто самые сложные вопросы справедливости в сфере права и политики полезно сформулировать таким образом: «Какие из потерь должны остаться без компенсации?»<sup>1</sup>.

Резюмируя содержание параграфа, попытки чрезмерной генерализации идей «Law and Economics», а также их навязывание юриспруденции путем включения в *de lege ferenda* анализ в качестве приоритетных ведут лишь к утрате доверия к экономическому анализу права.

---

<sup>1</sup> Veljanovski C. The Economic Approach to Law: A Critical Introduction // British Journal of Law and Society. 1980. Vol. 7.



## **§ 5. Экономический анализ права в системе междисциплинарных исследований**

Как было показано в предыдущем параграфе, тенденция междисциплинарности современных общественно-социальных исследований органически вытекает из отраслевой специализации и дифференциации научного знания. При работе на стыке нескольких наук (например, экономики и права) на передний план выходят такие понятия, как «междисциплинарное взаимодействие» и «междисциплинарное исследование».

Понятие «междисциплинарного взаимодействия» носит скорее онтологический характер, используется в науковедении для описания отношений внутри науки как социального института. Междисциплинарное взаимодействие – это взаимодействие, которое варьируется от простого обмена идеями до взаимной интеграции целых концепций, методологий, процедур, эпистемологий, терминологий, данных организаций исследовательской и образовательной деятельности в некоторой весьма широкой области<sup>1</sup>. Выделяют вертикальные взаимодействия (между различными «этажами» в рамках одного научного направления) и горизонтальные взаимодействия (между различными научными направлениями)<sup>2</sup>.

Междисциплинарное исследование – эпистемологическое понятие, используемое для описания особенностей познавательного процесса как процесса коммуникации между субъектами, как создающими научное знание, так и познающими его. Посредством проведения междисциплинарного исследования могут быть решены такие задачи, как:

- анализ уже имеющейся в некоторой научной дисциплине системы теоретического знания, его динамики и исторических особенностей;
- поиск методологических средств и приемов, при помощи которых может быть определен предмет изучения относительно объекта, развернутое теоретическое описание которого на текущий момент отсутствует.

---

<sup>1</sup> См.: Мирский Э.М. Междисциплинарные исследования и дисциплинарная организация науки. М., 1980. С. 20.

<sup>2</sup> См.: Смирнов П.В. Пути интеграции науки / Методологические проблемы взаимодействия общественных, естественных и технических наук. М., 1981. С. 198.

Следовательно, отправной точкой для осуществления междисциплинарного исследования является наличие неопределенности об относимости имеющихся эмпирических сведений и научных знаний к предполагаемому объекту изучения. Причем неопределенность в указанном фундаментальном вопросе обязательно должна формулироваться как специальная проблема, то есть еще до начала исследования ученым необходимо сформировать конкретный набор первичных сведений об объекте изучения, который они собираются выделить из всех имеющихся в их распоряжении научных данных. Только при наличии такой исходной ситуации имеет смысл говорить о необходимости междисциплинарного исследования.

Применительно к экономическому анализу права подобная ситуация была сформирована, когда во второй половине XX века в рамках экономической теории был накоплен достаточный багаж знаний. В первую очередь речь идет о развитии теории рационального выбора, постулирующей экономическую детерминированность поведения рационального индивида в любой сфере его поведения. Широта такой гипотезы дает основания предположить, что озвученная закономерность сохраняется и применительно к юридически значимому поведению, подлежащему правовому регулированию, относящемуся к предмету изучения юриспруденции. В такой ситуации, на наш взгляд, появление междисциплинарных исследований права, механизма правового регулирования (предмет юриспруденции) для проверки гипотезы, выдвинутой экономической теорией (предмет экономики), является вполне логичным и обоснованным. Однако при соблюдении исходных предпосылок проведения междисциплинарных исследований необходимо понимать, существуют различные типы подобного рода исследований, от правильного определения которых непосредственного зависит результат всей работы.

Трехзвенная типология междисциплинарных исследований предложена Ж. Пиаже<sup>1</sup>, впервые наглядно показавшим существенные отличия мультидисциплинарных исследований, в рамках которых происходит скорее дополнение одной

---

<sup>1</sup> Piaget J. The epistemology of interdisciplinary relationships // Interdisciplinarity. Problems of teaching and research in universities. P., 1972.

дисциплины другой, от междисциплинарных исследований, при которых имеет место равноправное взаимодействие дисциплин. Особняком стоят трансдисциплинарные исследования, в результате которых осуществляется построение новых интегральных структур.

Впоследствии идеи Ж. Пиаже получили развитие в работах И.Т. Касавина<sup>1</sup>, глубокого осмыслившего классификацию французского ученого. Так, с точки зрения И.Т. Касавина, каждому типу междисциплинарного исследования соответствует своя особая, получаемая в результате система знания, которой присущи свои уникальные особенности и характеристики:

- для мультидисциплинарных систем знания (например, биофизика, физическая химия, геоботаника, социальная семиотика, общая теория социальной коммуникации и т. п.) характерно использование онтологии и методов одной дисциплины для работы в другой дисциплине (или группе дисциплин). В этом случае естественным образом сохраняются четкие междисциплинарные границы. Особенностью подобных систем знания является то, что различие предметов, методов и результатов взаимодействующих дисциплин является для них обязательным условием успеха. В противном же случае, относительные преимущества мультидисциплинарной системы теряются. В качестве примера можно привести морфологию пластов в геологии, с одной стороны, и региональное распределение флоры в палеоботанике, с другой, – предметы исследования независимых дисциплин, соединение которых позволяет уточнить эволюцию геологических отложений в рамках геоботаники;

- для междисциплинарных систем знания (например, космические исследования, страноведение, науковедение, политология) характерно объединение нескольких научных дисциплин для создания особой новой онтологии и методов работы с ее объектами. Особенностью является стирание четких демаркационных линий и междисциплинарных границ, конвергенция научного знания. В качестве примера подобных междисциплинарных систем можно привести такие дисципли-

---

<sup>1</sup> См.: Касавин И.Т. Междисциплинарное исследование: к понятию и типологии // Вопросы философии. 2010. № 4. С. 61–74.

ны, как страноведение или международные отношения, в рамках которых география, социология, экономика, гражданская история, языкознание, история культуры, политическая наука органично дополняют друг друга, создавая при этом особое новое поле;

- трансдисциплинарные системы знания (теория систем, теория самоорганизации, теория информации, теория катастроф и т. д.) – выдвигают претензии на абсолютную универсальность онтологии и методов, которые здесь полностью утрачивают свою дисциплинарную определенность. Междисциплинарные границы для трансдисциплинарных систем отсутствуют или игнорируются. Как правило, такие теории возникают в результате обобщения нескольких дисциплинарных представлений, полученных, например, в рамках биологии, химии, математики. Затем эти общие представления обособляются от своих истоков и начинают развиваться на своей собственной теоретической основе, которая в качестве эмпирической проверки начинает использоваться во все новых и новых научных дисциплинах.

Юриспруденция традиционно претендует на звание обособленной, полностью самостоятельной гуманитарной науки, тяготея в этом смысле к фундаменталистским представлениям. Юридическая догматика ставит задачей изучение права изнутри, выводит его из самого себя, являя в этом смысле пример полной монодисциплинарности. Возможно, такое обособленное положение юридической науки на континенте в какой-то исторический период было вынужденным, обусловленным попыткой обособления от гнета религиозного знания. Квинтэссенцией же монодисциплинарной юриспруденции можно считать чистое учение Г. Кельзена о праве с его основополагающей идеей об основной норме<sup>1</sup>.

Интересно, что в результате преобладания юридической догматики в континентальной Европе именно здесь сложился и особый интерналистский тип аргументации судебных и правоприменительных актов, в рамках которого допускаются ссылки только на источники права в формальном смысле (в основном, это законы). Допускаются только правовые аргументы, что вполне соответствует ду-

---

<sup>1</sup> См.: Кельзен Г. Чистое учение о праве. М., 1987. 109 с.

ху «рая юридических понятий» (Р.Ф. Иеринг). В странах англосаксонского права процветает принципиально иной тип аргументации – экстерналистская аргументация, допускающая ссылки и на философию Бентама, и, как мы уже убедились, на теорему Коуза, а также социальные интересы, еще не закрепленные в законе. Интересен тот факт, что Европейский суд по правам человека выбрал для своей работы именно экстерналистский тип аргументации<sup>1</sup>, что, возможно, и делает его столь политически неудобным для некоторых правительств.

Однако даже континентальная юриспруденция использует элементы междисциплинарности всех названных И.Т. Касавиным типов. Мультидисциплинарное изучение права с позиций иных научных дисциплин характерно для философии права, социологии права и т. д. Формирование нового междисциплинарного научного знания в результате взаимодействия юриспруденции и иных научных дисциплин привело к появлению юридической психологии, юридической лингвистики и т. д. Есть примеры и трансдисциплинарных систем, вобравших в себя закономерности, выявленные именно в рамках юриспруденции. Так, при изучении преступности или комплексном изучении городской среды создаются новые гибридные поля междисциплинарности, важность правовой составляющей в которых не вызывает сомнений.

Экономический анализ права строится как раз на изучении права посредством взгляда на него «извне», с позиций другой самостоятельной научной дисциплины – экономической теории. Очевидна схожесть с теми задачами, которые решаются философией права или социологией права, методологически также основанных на экстерналистском взгляде на право. Следовательно, экономический анализ права в терминологии Ж. Пиаже и И.Т. Касавина следует отнести к мультидисциплинарным исследованиям. Из этого в свою очередь следует важный вывод о принципиальной важности сохранения междисциплинарных границ (неудачную попытку стирания которых иллюстрирует рассмотренная нами нормативная идея экономической эффективности). Четкая демаркация предмета, мето-

---

<sup>1</sup> См.: Гаджиев Г.А. Экономическая эффективность, правовая этика и доверие к государству // Журнал российского права. 2012. № 1. С. 14.

дов и результатов исследований является залогом продуктивности экономического анализа права. Выход за пределы, попытка построения интегральных структур, таких как экономическая теория юриспруденции, ведет только к потере тех преимуществ, которые экономический анализ права имеет в привычных областях<sup>1</sup>.

Однако не все ученые воспринимают экономический анализ права как мультидисциплинарное исследование. Например, Т.Я. Хабриева заявляет о необходимости стирания междисциплинарных границ права и экономики, появления новой общей онтологии и методов для работы с изучаемыми объектами. Талия Ярулловна указывает на то, что экономико-правовой анализ пока еще не имеет четко разработанной методологической базы, а отраслевая дифференциация знаний не позволяет достичь эффективности управления общественными процессами<sup>2</sup>, «отсутствуют крупные исследования по значительному числу общетеоретических и совместных прикладных проблем». И хотя автор соглашается, что «экономическая и правовая науки имеют свое видение общественных процессов, обладают самостоятельными научным инструментарием и языком научного общения», а также в качестве примера успешного применения к исследованию права методов других наук называет статистику и математику (в этом случае не призывая к созданию самостоятельных междисциплинарных единиц), тем не менее считает, что «экономическая наука должна дополнить методы экономического анализа методом нормативного анализа (нормативным методом), основанным на исследовании надлежащего порядка, установленного, прежде всего, действующим законодательством».

Претензии на междисциплинарный (а тем более трансдисциплинарный) характер экономического анализа права ставят перед дисциплиной целый ряд нерешаемых интеллектуальных задач, таких как, например, создание общей теории экономики права (вместо использования теории «материнской» для методологии данного направления науки – экономики), конвергенция научного словаря и ме-

---

<sup>1</sup> Golecki M. Economics of law as a jurisprudential theory // German Working Papers in Law and Economics. 1992. V. 2002. P. 13.

<sup>2</sup> См.: Хабриева Т.Я. Экономико-правовой анализ: методологический подход // Журнал российского права. 2010. № 12.

тодологии и т. д. Саму современную экономическую теорию правильнее описать как методологический подход, нежели как дисциплину, определяемую ее предметом изучения (цены, деньги, благосостояние и т. д.)<sup>1</sup>.

На наш взгляд, постоянное расширение научно-исследовательской программы экономического анализа права, уже рассмотренное нами в исторической перспективе, дает достаточные основания полагать, что системообразующим фактором для исследований по экономическому анализу права также служит в первую очередь методология, но не предметная область (выбор которой обуславливает лишь относительно большую или меньшую релевантность использования метода). Ограничения, задаваемые спецификой предмета изучения, уже достаточно совоены в рамках юриспруденции. Многое при применении методологии экономического анализа права зависит от корректности постановки познавательных задач. В первую очередь, необходимо обязательно учитывать ограничения, императивно налагаемые положениями действующего законодательства, чем экономисты иногда вольно или невольно пренебрегают (например, экономический анализ местного самоуправления должен осуществляться с учетом того, что по действующей Конституции Российской Федерации органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти, даже несмотря на иное экономическое существо этих отношений). При использовании экономического анализа права в качестве дополнительного метода в юриспруденции подобные неточности постановки задачи будут исключены наличием у познающего субъекта знаний об изучаемом объекте, уже полученных им ранее.

Таким образом, экономический анализ права представляет собой самостоятельное направление мультидисциплинарных научных исследований, в рамках которого феномены правовой реальности изучаются исходя из предпосылок экономической теории (рациональное поведение индивидов, нацеленность на максимизацию благосостояния, ценовая теория и альтернативные издержки), а право рассматривается *ex ante* как система стимулов и неявных цен и изучается при по-

---

<sup>1</sup> Veljanovski C. The Economic Approach to Law: A Critical Introduction // British Journal of Law and Society. 1980. Vol. 7. P. 159.

мощи экономической методологии (оценка риска, маржинальный анализ, анализ выгод и издержек, статистические и математические методы и т. д.). Экономический анализ права играет для юриспруденции роль скорее дополнительного (вспомогательного) подхода<sup>1</sup>, перспективного в целом ряде областей, в которых требуются количественные (качественные) оценки измеримой действительности (в частности, гражданское право, договорное право, деликтное право, конституционная экономика, вопросы ответственности и т. д.).

Строгая концептуальная основа экономического анализа права позволяет ему выйти за рамки традиционного (догматического) понимания права и обогатить тем самым представления юристов об изучаемых ими явлениях (например, путем наглядной демонстрации механизма действия правовых норм, доказательства ложности представлений об автоматическом характере действия правовых норм). Стремление построить на фундаменте нормативного экономического анализа права некую интегральную дисциплину (трансдисциплинарную систему знания) под названием «Экономика права», претендующую на создание нового мировоззренческого и научного горизонта в духе «экономического империализма», представляется очередной попыткой редукции разнообразия действительности к одному из ее факторов. При такой постановке вопроса экономический анализ права рискует лишиться своих преимуществ и свестись от перспективного и актуального направления междисциплинарных научных исследований к рассуждениям о значимости правового порядка для экономического оборота<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Подобного взгляда придерживаются также такие ученые, как Ц. Вельяновски и М.В. Антонов.

<sup>2</sup> В качестве примера подобного рода работы можно привести статьи: Пахомова Н., Рихтер К. Экономический анализ экологического права // Вопросы экономики. 2003. № 10. С. 34–50, Алпатов А.А. Право и экономика: вопросы соотношения // Право. Журнал ВШЭ. 2010. № 4. С. 3–22.



## § 6. Классификация направлений экономического анализа права

Экономический анализ права представляет собой целый конгломерат многообразных исследований чрезвычайно широкого круга правовых феноменов, объединенных, зачастую, лишь общей методологической парадигмой и исходными предпосылками анализа. В целях наглядности представляется целесообразным использовать прием научной классификации, который позволит получить четкое и системное представление об изучаемом явлении, что особенно важно для выявления перспектив применения отдельных разновидностей экономического анализа права в условиях современной российской правовой системы.

1. В первую очередь, экономический анализ права, как и сама экономическая теория, распадается на позитивное и нормативное направление. Подобная «дихотомия» является классической. Однако в рамках самой экономической теории иногда высказываются и альтернативные точки зрения. Так, Ф. Стефан<sup>1</sup> заявляет о несостоятельности подобного деления и предлагает выделять не два, а три направления экономической теории: прогностическое, описательное и предписывающее. Подобного взгляда на экономический анализ права придерживается и А. Шмаков<sup>2</sup>, считая, что наряду с позитивным и нормативным направлениями существуют также **инструментальное** (прогнозирующее, сконцентрированное на выполнении предсказательной функции), **дескриптивное** (выполняет функции по построению моделей и описанию создающих их предпосылок) и **предписывающее** направления (предназначено для выработки правил, необходимых для достижения поставленных целей, но без предположения о том, что такие правила обязательны).

**Позитивный экономический анализ права** является объективной, эмпирической наукой, направленной на выявление и фиксацию закономерностей взаимодействия права и экономики. Позитивный экономический анализ выполняет прогностическую функцию, позволяя предугадывать результаты осуществления

---

<sup>1</sup> Stephen F. The Economics of the Law. Ames: Iowa State University Press, 1988. P. 27–66.

<sup>2</sup> Шмаков А.В. Экономический анализ права: учебное пособие. Новосибирск: Изд-во НГТУ, 2005. Ч. 1. С. 77.

правового регулирования, заранее моделировать реакцию адресатов правотворчества на принимаемое законодательство. В этом направлении экономического анализа выявляется реальное влияние правового регулирования на общественные отношения.

Исходя из стоящих перед позитивным экономическим анализом задач, критерием истинности для построенных прогностических моделей является их способность давать эмпирически проверяемые прогнозы. При этом, чем точнее прогнозы, тем выше оценивается модель, позволившая его дать, вне зависимости от степени реалистичности используемых ею предпосылок, а иногда и их контрафактического, эксплицитно-редукционного характера.

Примечательно, что, как отмечает Ц. Вельяновски, условный характер создаваемых в рамках позитивного экономического анализа моделей не предполагает, что изучаемые отношения являются наиболее важными. Например, продолжает он, экономист может утверждать, что люди отреагируют на увеличение издержек (в результате экономического ущерба от халатности), более осторожным поведением в рискованных видах деятельности, что подтверждается эмпирически, но экономист не станет утверждать, что лучший способ повысить уровень безопасности лежит в плоскости материального стимулирования<sup>1</sup>. Позитивный экономический анализ стремится к нейтральности и объективности при фиксации выявленных закономерностей взаимодействия права и экономики, он не ставит задачей выявление наиболее правильной (оптимальной) цели и не диктует средств ее достижения, только констатируя и прогнозируя достоинства и недостатки каждого из вариантов.

Наиболее естественной областью позитивного экономического анализа права является оценка правовых последствий, их вероятности и достижимости. Сделанные прогнозы проверяются при помощи сбора эмпирических данных, их проверки, используется статистический метод, математические методы и метод экспертных оценок. Для юриспруденции подобные данные могут быть чрезвычайно

---

<sup>1</sup> См.: Вельяновски Ц. Экономический подход к праву: критическое вступление. URL: [http://www.nsu.ru/nif/people\\_1/016.pdf](http://www.nsu.ru/nif/people_1/016.pdf) (дата обращения: 01.09.2015).

полезными, особенно учитывая их эмоциональную нейтральность, возможность после работы с ними принять самостоятельное, но аргументированное и взвешенное решение.

Концентрация позитивного экономического анализа на оценке правовых последствий (effect evaluation) наглядно иллюстрируется литературой, посвященной «гипотезе сдерживания» (предположения о том, что снижение полезности криминальной деятельности повлечет снижение уровня преступности). Позитивный анализ может дать не только ответ на вопрос, какие «цены» (санкции) окажут наибольшее сдерживающее воздействие, но и изменение какого именно из параметров в каждый отдельный момент времени является наиболее эффективным.

Важным критическим замечанием в адрес позитивного экономического анализа является указание на тот факт, что чрезмерная концентрация на одних экономических факторах может повлечь недооценку многих непреднамеренных последствий правового вмешательства, что делает политические решения, основанные только лишь на экономической теории, опасными<sup>1</sup>. С этим отчасти можно согласиться, но представляется нерациональным отказываться от богатого опыта экономической теории в вопросах анализа эмпирических данных и построения прогностических моделей на одном этом основании. Скорее, речь идет опять же о вспомогательной роли такой методологии в юриспруденции, о недопустимости отказа от иных методов в пользу одной позитивной экономической теории.

Дополнительным преимуществом позитивного экономического анализа права является возможность с его помощью лучше понять и выявить экономические предпосылки исторического наследия права (реализованных ранее правовых реформ) и глубже понять механизмы действия существующего права.

Даже Р. Познер, считавший естественным нормативный подтекст любого исследования по экономическому анализу права, вынужден был констатировать резкий рост числа работ именно в русле позитивного направления. Говоря о бу-

---

<sup>1</sup> Parisi F. Positive, normative and functional schools in law and economics // European Journal of Law and Economics. 2004. Vol. 18 (3). P. 259–272.

дущем экономического анализа права, основоположник Чикагской школы предположил, что тенденция роста популярности позитивного анализа сохранится<sup>1</sup>, и, на наш взгляд, – не ошибся<sup>2</sup>.

**Нормативная версия** экономического анализа не является нейтральной по своему содержанию, она основана на теории благосостояния и концентрируется на вопросах аллокационной эффективности правового регулирования, поиском корректирующих решений в ситуациях, когда эффективность не достигается, существует провал рынка (market failure)<sup>3</sup>. Аллокационная эффективность представляет собой состояние отсутствия возможности переустройства производительной деятельности или распределения, которая увеличила бы благосостояние общества, измеряемое ценами на конкурентном рынке (при заданном распределении прибыли и богатства).

Позитивное направление экономического анализа констатирует определенные обстоятельства, в то время как нормативный экономический анализ активно предлагает решения возникающих проблем посредством внесения изменений в правовое регулирование общественных отношений.

Ряд авторов, например В.Л. Тамбовцев<sup>4</sup>, отмечают продуктивность именно нормативного варианта экономического анализа права, его доказанную полезность для проведения правовых реформ, улучшения отдельных правовых норм и

---

<sup>1</sup> См.: Познер Р. О применении экономической теории и злоупотребление ею при экономическом анализе права // Истоки: экономика в контексте истории и культуры. М.: ИД ГУ-ВШЭ, 2004. Вып. 5. С. 334.

<sup>2</sup> Это объясняется тем, что за исключением ряда довольно резких идей (например, работа Айзека Эрлиха о смертной казни, отражающая максимальную экономическую эффективность наиболее строгих мер, где поддерживается тезис о том, что одна смертная казнь сдерживает восемь потенциальных убийств – Ehrlich I. The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life or Death // American Economic Review. 1975. № 65) позитивная экономика права не стремится вторгаться в предметы ведения других наук.

<sup>3</sup> Нормативная экономическая теория благосостояния основана на понятии провалов рынка. Если допущения, лежащие в основе понятия «идеальный конкурентный рынок», не выполняются (основные допущения – это гомогенность продукта, действия всех агентов как ценополучателей, свобода движения ресурсов, свобода входа на рынок и выхода из него, полное знание всех агентов), то рынок либо прекращает существование, либо действует неэффективно (имеет место провал рынка, причиной которого может быть множество факторов, наиболее важный из которых для экономического анализа права – экстерналии), что является необходимым условием для правового вмешательства.

<sup>4</sup> См.: Тамбовцев В.Л. Право и экономическая теория. М.: ИНФРА-М, 2005. С. 16.

институтов, а также правовой системы в целом, особенно в странах с переходной экономикой, в которых правовое поле лишено возможности опираться непосредственно на многолетнюю практику развитых рыночных отношений. Логика подобных рассуждений строится на том, что если бы правовая система *de facto* была настроена оптимальным образом – на максимальную эффективность отдельных индивидов и в пределе – экономики в целом, то для нормативного экономического анализа попросту не осталось бы места. Данное обоснование представляется тавтологичным, поскольку для обоснования нормативного анализа исходит из априорного характера эффективности в качестве главной и единственной цели права, что, как мы уже убедились, далеко не всегда так.

В качестве примера работы, выполненный в рамках нормативного экономического анализа, можно назвать монографию «Издержки несчастных случаев»<sup>1</sup> Г. Калабрези, в которой автор не только критикует современную ему систему норм об ответственности за несчастные случаи, называя ее неэффективной, но и предлагает свою, совершенно иную систему норм и институтов, позволяющую эффективно перераспределять ущерб стороне, которая старается его избежать с минимальными издержками.

Необходимо заметить, что применение на практике идей нормативного экономического анализа вызывает серьезные затруднения. В качестве примера можно привести дело «Юнион Ойл компани против Оппена» (1974 год)<sup>2</sup>, в котором судья Синд предпринял попытку прямого применения в судебной практике положений работы Г. Калабрези «Издержки несчастных случаев»<sup>3</sup>. Фабула дела такова: объединение нефтяных компаний, осуществляя добычу нефти в канале Санта-Барбара, по неосторожности допустила утечку нефти, нанеся тем самым ущерб рыбакам, занимавшимся коммерческим промыслом в этом же канале. Спорным

<sup>1</sup> Calabresi G. The costs of accidents: a legal and economic analysis. New Haven. L.: Yale University Press, 1970. P. 350. Основные идеи этой классической монографии уже приводились нами выше в пункте 3.2 § 3 настоящей диссертации.

<sup>2</sup> Дело «UNION OIL COMPANY V. OPPEN» было рассмотрено United States Court of Appeals, Ninth Circuit, полный текст решения доступен в режиме: 501 F.2d 558 (9th Cir. 1974) или URL: <https://casetext.com/case/union-oil-co-v-oppen> (дата обращения: 10.11.215).

<sup>3</sup> Подробный разбор этого случая дан Р. Познером в работе: Posner R. Epstein's tort theory: critique // Journal of Legal Studies. 1979. Vol. 8. P. 457–475.

оказался вопрос о компенсации объединением нефтяных компаний упущенной выгоды рыбаков (в виде неполученных ожидаемых ими доходов от промысла), с учетом отсутствия у рыбаков права собственности на объекты водной среды, которые они собирались добывать. Мотивировать необходимость такой компенсации судья Снид попытался ссылками на указанную работу проферрора Калабрезии.

Подобная попытка, безусловно, заслуживает внимания. Однако от применения критерия Калабрезии – поиска стороны, которая могла с наименьшими издержками избежать потерь, – судья Снид уклонился, как от слишком сложного, хотя в контексте рассматриваемого дела ответ кажется очевидным (рыбаки попросту лишены возможности избежать ущерба). Хотя к применению вспомогательных критериев Калабрезии можно было бы не переходить, судья сделал это, но опять же не совсем верно. Так, судья указывает, что «убытки следует возложить на сторону, которая может исправить ошибку аллокации путем поглощения деятельности лиц, которым нанесен ущерб – то есть на ответчика»<sup>1</sup>. С экономической точки зрения, невозможно предположить целесообразность создания единой «нефтедобывающе-рыболовной» фирмы, создание которой продиктовано соображениями эффективности. Следовательно, вывод, сделанный судом в настоящем деле, скорее совпал с экономически верным решением кейса, чем был найден посредством корректного экономического анализа, проведенного судьей. Саму же попытку можно только приветствовать.

Таким образом, нормативное направление экономического анализа права видит главной задачей законодательства минимизацию общественных издержек через создание стимулов, которые могли бы ограничить ущерб. Чрезмерная зацикленность нормативного подхода на эффективности делает его ограниченным по сфере действия, поскольку не дает ответа на вопрос о первоначальном распределении прав, указывая лишь на необходимость сделать их исключительными и отчуждаемыми. Так или иначе, но нормативный экономический анализ применим только в случае, если перед законодателем стоит строго определенная политико-правовая цель, заключающаяся в повышении эффективности, во всех остальных случаях, ко-

---

<sup>1</sup> URL: <https://casetext.com/case/union-oil-co-v-oppen> (дата обращения: 10.11.215).

гда право стремится решить иные задачи, данный инструментарий не актуален. Предложить дизайн правовых институтов, не направленных на решение вопроса об эффективности, нормативный экономический анализ права не в состоянии<sup>1</sup>.

2. Существует несколько основных критериев, традиционно используемых различными направлениями экономического анализа права при определении эффективности, что само по себе может быть взято за основание для классификации таких направлений. Анализ эффективности правовых норм предполагает их сравнение и оценку с точки зрения результата, который они должны максимизировать при минимальных издержках. В качестве такого результата предполагается использование совокупной полезности (aggregate utility) или совокупного богатства (aggregate wealth)<sup>2</sup>.

Выработка современных критериев эффективности происходила в контексте жесткой критики Л. Роббинсом одного из постулатов утилитаризма И. Бентама о допустимости межличностного сравнения полезностей и их количественного измерения (тезис известен также, как «принцип кардинализма»).

Согласно **критерию Парето (Pareto efficiency)**, если закон (судебное решение) приведет к улучшению положения хотя бы одного из членов общества и при этом не ухудшит ничьего положения, то такой закон (судебное решение) является эффективным. В случае если дальнейшее улучшение по Парето невозможно, говорят о Парето – оптимальном распределении (результате) (Pareto optimality). Очевидно, что критерий Парето пытается уйти от проблемы агрегирования полезности и предпочтений, что в то же время предполагает единогласное принятие решений всеми членами общества.

Практически единогласно в экономическом анализе признается, что наилучшим образом для достижения эффективности по Парето подходят свободные частные трансакции, поскольку, вступая в такие отношения, каждая из их сторон видит для себя пользу (максимизирует полезность), что при отсутствии негативных экстерналий позволяет говорить об улучшении по Парето. Корреспондирую-

<sup>1</sup> Подробнее о критике нормативного экономического анализа права см., например: Rizzo M.J. The Mirage of Efficiency // Hofstra Law Review. № 8 (3). 1980. P. 641–658.

<sup>2</sup> См.: Одинцова М.И. Экономика права. М.: ИД ГУ-ВШЭ, 2007. С. 30.

щими положениями законодательства для этого критерия эффективности являются, в первую очередь, принцип свободы договора (ст. 1, 421 Гражданского кодекса РФ), а также необходимые для его реализации признание, четкая спецификация и реальные механизмы защиты права частной собственности. Вместе с тем, право может стремиться к достижению Парето – оптимального результата не только через создание условий для свободного рыночного оборота, но и путем прямого правового регулирования через отвечающее критерию распределение благ.

Несколько идеалистическим и, как следствие, часто практически неприменимым, делает критерий Парето его ориентация на полное избегание негативных последствий. В современных условиях принятие решений, полностью лишенных негативных последствий для всех групп субъектов, затруднено, чаще приходится приносить одни интересы в жертву другим, делая тем самым осознанный политико-правовой выбор, что затруднительно при концентрации на одних только потерях<sup>1</sup>.

**Критерий Калдора-Хикса (Kaldor-Hicks Efficiency)** позволяет, в отличие от критерия Парето, сфокусировать внимание законодателя не на потерях от политико-правового решения, а на выигрыше, который оно позволяет ему достичь. Согласно критерию Калдора-Хикса, «состояние А является предпочтительным по сравнению с состоянием В, если те, кто получает выгоду от перехода к состоянию А, могут компенсировать убытки тех, кто их понес от этого перехода, и все равно остаться в выигрыше»<sup>2</sup>. Впоследствии Т. Ситовски дополнил критерий Калдора-Хикса условием о невозможности возврата к обратному состоянию. Важно понимать, что реальной компенсации потерь пострадавшим от того или иного решения не происходит, иначе тогда мы имели бы дело с улучшением по Парето, так как в выигрыше оставались бы все члены общества.

---

<sup>1</sup> Например, даже законодательное введение обязательного страхования автогражданской ответственности (полиса ОСАГО), которое однозначно положительно сказалось на регулировании такого комплексного и непростого предмета правового регулирования, как дорожное движение, позволило снизить социальную напряженность на дорогах, увеличило шансы участников дорожного движения на компенсацию вреда в результате ДТП и т. д., не является полностью эффективным по Парето, поскольку влечет дополнительные издержки для такой социальной группы, как владельцы автомобилей.

<sup>2</sup> Одинцова М.И. Экономика права. М.: ИД ГУ-ВШЭ, 2007. С. 35.



Еще одним отличием критерия Калдора-Хикса является его ориентированность на увеличение не совокупной полезности (*aggregate utility*), но совокупного богатства (*aggregate wealth*) общества, предполагая необходимость проведения анализа экономических издержек и выгод (*cost-benefit analysis*). Поскольку для этого приходится сравнивать выигрыш одних с потерями других, речь опять идет об агрегировании предпочтений и межличностном сравнении полезности. В качестве меры здесь вновь предлагается использовать готовность платить. С одной стороны, это обстоятельство вызывает критику со стороны ряда ученых (например, Р. Дворкина), указывающих на ошибочность использования готовности платить для определения степени необходимости блага лицу, так как изначально более богатый человек, даже не нуждающийся в каком-либо благе (праве) настолько, насколько в нем нуждается бедняк, все равно в состоянии заплатить за него больше, и, исходя из максимизации богатства, должен получить это благо.

Но существует ли другой способ распределения благ, другой критерий, позволивший бы более точно определить заинтересованность лица в том или ином благе, чем способность платить? В реальности помимо готовности платить при распределении благ используются только распределение в порядке очереди и распределение в порядке лотереи (случайное распределение блага). Использование таких принципов сопряжено с еще большей вероятностью ошибки, чем принцип готовности платить, поэтому фактически на текущем уровне развития науки использование денег в качестве критерия сравнения конкурирует не с альтернативной научной концепцией, а только лишь с неким этическим возмущением ученых против столь явного утилитаризма. Поэтому впредь до выработки иного критерия сравнения (которым, кстати, утилитаризм занят несколько веков) при правовом регулировании приходится комбинировать имеющиеся принципы распределения благ и там, где принцип готовности платить вступает в очевидное противоречие с господствующей в обществе этикой заменять его принципом очередности или случайного распределения, не

создавая легального рынка<sup>1</sup>. Конечно, для обеспечения хотя бы условной возможности пользования критерием готовности платить экономический анализ права вынужден также сознательно игнорировать один из базовых экономических законов – закон убывающей предельной полезности (*diminishing marginal utility*), считая, что для миллионера и бедняка 1 рубль имеет равную ценность<sup>2</sup>. Иначе экономическое моделирование оказалось бы невозможным из-за предельной сложности исходных предпосылок создаваемой модели.

Вместе с тем, существует целый ряд еще более острых противоречий и недостатков, свойственных обоим названным критериям эффективности. Так, сами предпочтения членов общества при определении эффективности не оцениваются, в результате чего структура предпочтений, скажем, наркомана и профессора философии абсолютно равнозначна для экономического анализа права. Кроме того, в ситуациях, когда прямой рынок для какого-либо блага отсутствует, само благо еще не стало предметом сделки конкретных участников гражданского оборота, то законодателю или суду чрезвычайно сложно определить его ценность для каждой из сторон. Патернализм государства здесь сталкивается с тем, что именно сами участники оборота, и только они, наиболее точно и объективно понимают истинную ценность блага, неизвестную с такой степенью достоверности ни суду, ни законодателю, пытающимся предложить сторонам эффективное распределение.

К тому же сама постановка вопроса об эффективности предполагает сравнение эффективности неких изменений, основанных на уже существующей к этому моменту структуре распределения прав и богатства в обществе, а значит, существует неограниченное количество эффективных решений (для каждой струк-

---

<sup>1</sup> В качестве наглядного примера в профильной литературе часто приводится ситуация с трансплантацией органов. Поскольку в этой сфере на кону часто стоит жизнь человека, являющаяся высшим этическим благом, право отказывается создавать легальные рынки органов, используя для их распределения метод экспертных оценок врачей в совокупности с принципом очередности. Перечень подобных областей, где существуют все предпосылки для создания рынка, но он сознательно не получает законодательного закрепления, может быть продолжен: суррогатное материнство, проституция, легкие наркотики и т. д.

<sup>2</sup> Posner R. Cost-Benefit Analysis: Definition, Justification, and Comment on Conference Papers // *Journal of Legal Studies*. 2000. Vol 29. P. 1153–1177.

туры распределения богатства). Вопрос об эффективности самой заданной в качестве условия анализа структуры не ставится (для ответа на него не имеется адекватной методологии).

Существенное значение при определении эффективности имеет временной горизонт ее определения, поскольку эффективные в моменте правовые решения далеко не всегда остаются такими в долгосрочной перспективе. И критерий Парето, и критерий Калдора-Хикса не дают ответа на вопрос о приемлемом для их применения временном горизонте. Данный факт необходимо принимать во внимание, четко различая последствия для краткосрочной, среднесрочной и долгосрочной перспектив. Представляется необходимым исследовательским путем сформировать некий пул базовых прав, которыми нельзя пренебречь ради краткосрочной выгоды, поскольку пренебрежение ими всегда (или в большинстве случаев) ведет к потерям в долгосрочной перспективе (например, в первую очередь, права собственности, или, скажем, надежность инвестиций). Чем более глубок временной горизонт оценки, тем ярче проявляется взаимосвязанность процессов в экономике, проявляющаяся в том, что при наличии комплекса проблем, мешающих росту общего благосостояния общества, изолированное решение только одной из них может повлечь ухудшение, а не улучшение ситуации в целом, что повлечет только сокращение совокупного богатства общества. Например, попытки правового регулирования провалов рынка путем увеличения государственного вмешательства в рыночные механизмы в условиях коррупции и неэффективности государственного аппарата часто дают прямо противоположный эффект в среднесрочной и долгосрочной перспективе<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> В экономике подобные эффекты исследуются в рамках теории второго лучшего, где пристальное научное внимание уделяется сложности и многоаспектности взаимосвязей различных институтов и их взаимообусловленности, наличию огромного количества неявных взаимодействий, которыми не стоит пренебрегать. На современном этапе развития, экономический анализ права старается также использовать концепцию «второго лучшего». Подробнее об этом см., например: Markovits R. Second Best in Law and Economics: an introduction // *Chicago-Kent Law Review*. 1998. Vol. 73. P. 3–10; Donohue J. Some Thoughts on Law and Economics and the Theory of Second Best // *Chicago-Kent Law Review*. 1998. Vol. 73. P. 257–266; Ramseyer M. Second-best Justice: The virtues of Japanese private law. Chicago: The University of Chicago Press, 2015. 256 p. Основной посыл экономического анализа права в контексте теории «второго лучшего» сводится к необходимости там, где это возможно, искать не лучшее решение для конкретной ситуации, но лучшее общее правило. Интересные соображения высказываются также в отношении тенденции к пересечению в долгосрочной перспективе экономической логики и морали. См. об этом: Zamir E., Medina B. Law, Economics, and Morality. 2010. P. 24.

Кроме того, нельзя забывать, что вряд ли существуют причины, по которым звание главной и единственной цели правового регулирования должна носить экономическая эффективность. Существует многообразие конкурирующих между собой целей правового воздействия, интегрированное при этом в системное единство правового материала, что диктует как для суда, так и для законодателя каждый раз взвешенно и комплексно подходить к разрешению ситуаций политико-правового выбора.

Недовольство логическими следствиями из принципов максимизации полезности (переход всех ресурсов к людям, наслаждающимся жизнью) и максимизации богатства (переход всех ресурсов в руки богатых) заставляет ученых искать иные критерии для распределения богатства и ресурсов, которые могли бы использоваться нормативным экономическим анализом права. Одну из таких попыток предпринял **Дж. Ролз**<sup>1</sup>, предложивший, учитывая несправедливость влияния распределения ресурсов на благосостояние общества, оценивать благосостояние общества самому слабому из его членов.

Хотя Дж. Ролз при сравнении различных вариантов политико-правового выбора моделей правового регулирования не руководствовался критерием эффективности, он предложил иной применимый способ осуществления такого выбора. Оптимальным, с его точки зрения, является такое решение, которое выбирает индивид, свободный от давления личных интересов. Для этого предлагается, по аналогии с принципом максимина в теории игр, выбирать такое решение, которое приведет к созданию ситуации (общества), в которой принимающий решение субъект чувствовал бы себя наилучшим образом, окажись он в наихудшем положении (наименее обеспеченным членом общества, наиболее «пострадавшим» от политико-правового выбора).

**3. Иные классификационные критерии** уже были подробно рассмотрены нами в настоящей работе, поэтому для наглядности мы только еще раз кратко назовем их, без детального разбора содержания, данного в первой главе:

---

<sup>1</sup> См.: Ролз Дж. Теория справедливости. Новосибирск: изд-во НГУ, 1995. 532 с.

**3.1.** С точки зрения ширины научно-исследовательского горизонта в экономическом анализе права принято выделять **«старый»** экономический анализ права (изучавший только непосредственно рыночные феномены) и **«новый»** экономический анализ права (в орбиту интересов которого, благодаря развитию теории рациональности, попал самый широкий круг вопросов, включая нерыночное поведение: семья, трудовое право, законодательство об ответственности и т. д.).

**3.2.** В исторической ретроспективе принято делить экономический анализ права на **«первую волну»** и **«вторую волну»**<sup>1</sup>, начавшуюся после утраты Чикагской школой экономического анализа права доминирующих позиций. Кроме того, нами в первой главе предложена самостоятельная периодизация экономического анализа права, включающая начальный, классический и постнеклассический этапы развития направления.

**3.3.** В качестве самостоятельных школ экономического анализа права выделяют<sup>2</sup> Чикагскую школу (чикагский экономический анализ права), Австрийскую школу (австрийский экономический анализ права)<sup>3</sup>, а также старый и новый **институционализм**.

Институциональная школа отличается тем, что не ставит перед собой задачи создать модель, позволяющую давать достоверные прогнозы, одновременно скептически оценивается здесь и «вселенная Коуза» (то есть рынок с нулевыми транзакционными издержками), как не имеющая корреляций с окружающей действительностью. Ц. Вельяновски выделяет следующие основные характеристики (нео) институционального подхода<sup>4</sup>:

- таксономический характер – разработка особой, максимально точной лексики, набора экономических категорий, необходимых для познания права, отказ от упрощенной неоклассической лексики (О. Уильямсон);

<sup>1</sup> Richardson M. The Second Wave in Context // The Second Wave of Law and Economics / M. Richardson, G. Hadfield (eds.). Annandale: The Federation Press, 1999. P. 2–10.

<sup>2</sup> Mackaay E. History of Law and Economics // Encyclopedia of Law and Economics / B. Bouckaert, G. De Geest. UK, 2000. P. 108.

<sup>3</sup> Чикагская и Австрийская школы экономического анализа права были уже достаточно подробно рассмотрены нами в первой главе исследования.

<sup>4</sup> Вельяновски Ц. Экономический подход к праву: критическое вступление. URL: [http://www.nsu.ru/nif/people\\_1/016.pdf](http://www.nsu.ru/nif/people_1/016.pdf) (дата обращения: 01.09.2015).

- микроаналитический характер – отход от тенденции к обобщениям, наоборот, каждая транзакция рассматривается отдельно, как уникальная, с учетом роли личности ее участников, их отношений и власти (С. Макалэй)<sup>1</sup>;
- динамичность – тенденция к эволюционному взгляду, рассмотрению институтов в их развитии (в качестве гипотезы эволюции институтов берется попытка таким образом минимизировать транзакционные издержки). Рыночное равновесие здесь не исследуется, так как в попытках его достичь (динамика) адаптивные механизмы снижения издержек проявляются ярче, чем в статике.

С нормативным направлением экономического анализа институционализм сближает попытка объяснения всех явлений через призму эффективности, понимаемой, однако, несколько иначе – как способность приспосабливаться к неопределенности среды. Цель – доказать подразумеваемую эффективность закона, которую ставит перед собой Чикагская школа, здесь отсутствует. Скорее, процесс эволюции институтов рассматривается исходя из предположения о стремлении институтов реализовывать имеющиеся у них возможности для эффективного достижения стоящих перед ними целей, которые могут в свою очередь быть как рыночными, так и иными. Более того, в рамках институционального экономического анализа могут быть получены выводы о необходимости защиты отдельных институтов (и видов деятельности) от влияния рынка.

Таким образом, институциональный подход отличается от Чикагской и Австрийской школ гораздо меньшим тяготением к «рыночности», а также своеобразными познавательными задачами и исходными предпосылками исследований.

**3.4.** Заслуживает внимания также и основанное на различиях правовых систем деление экономического анализа права на такие направления, как **анализ прецедентного (общего) права и анализ кодифицированного (гражданского) права**. Для экономического анализа права особое значение приобретают различия правовых систем, касающиеся процесса правотворчества, типа аргументации пра-

---

<sup>1</sup> Macaulay S. Non-contractual relations in business: A preliminary study // American Sociological Review. 1963. Vol. 28 (1). P. 55–67; Macaulay S. Renegotiations and Settlements: Dr. Pangloss' Notes on the Margins of David Campbell's Papers // University of Wisconsin Legal Studies Research. 2007. No. 1045. P. 1–27.

воприменителями своих решений (экстерналистский в англосаксонских странах и интерналистский в странах, где произошла рецепция римского права).

Своеобразную трактовку этой классификации дает А.В. Шмаков, не только разделяющий экономический анализ по признаку правовых систем, но и предлагающий деление каждого из направлений на подвиды:

1) экономический анализ прецедентного права включает:

- анализ эффективности;
- анализ судьи;

2) экономический анализ кодифицированного права включает:

- анализ эффективности;
- анализ осуществимости (возможности принятия и реализации правовых норм);
- анализ законодателя<sup>1</sup>.

Признавая данную точку зрения заслуживающей внимания и полезной в познавательных целях, тем не менее, считаем ее достаточно условной и упрощенной с позиций юриспруденции. Во-первых, вряд ли корректно ставить вопрос об экономическом анализе судьи или законодателя, слишком уж субъективна такая постановка вопроса. Во-вторых, экономический анализ судебной разновидности правоприменительной практики представляется возможным и даже необходимым не только в рамках англосаксонского права, но также и в условиях континентального права. В той же степени странно считать невозможным экономический анализ законодательства, принимаемого в странах прецедентного права. Даже не принимая во внимание конвергенцию современных правовых систем, писаное законодательство всегда существовало в странах прецедентного права, а судебная практика играла и играет значительную роль даже в романо-германской правовой традиции.

Более подробный анализ особенностей экономического анализа права в странах континентального права будет дан в заключительном параграфе настоящей работы, посвященном возможностям и перспективам его применения в условиях российской правовой системы.

---

<sup>1</sup> См.: Шмаков А.В. Экономический анализ права: учебное пособие. Новосибирск: Изд-во НГТУ, 2005. Ч. 1. С. 74.

## **§ 7. Преимущества и ограничения экономического анализа права как направления исследования проблем права и государства**

Использование экономического анализа права в юриспруденции сопряжено с выявлением его отличий от догматической правовой теории, главенствующей, за некоторыми исключениями, в современной правовой науке. Только в случае наличия убедительных и доказуемых преимуществ новый подход имеет шансы на закрепление в академической среде, даже в качестве вспомогательного. Одновременно подлежат выявлению также и ограничения, слабые стороны изучаемого подхода, что позволит сделать его использование максимально точным и уместным.

Наиболее явное отличие экономического анализа права проявляется в его иной познавательной установке и наборе используемых предпосылок анализа (гипотез об окружающей социальной действительности). Догматическая правовая наука ориентирует скорее на *ex post* анализ юристами изучаемых явлений, то есть в гносеологическом смысле на познание того, что уже случилось<sup>1</sup>. Благодаря подобной постановке проблемы в теории права детально разработана теория и механизмы привлечения к юридической ответственности, правовые способы разрешения споров и конфликтов. Подобный взгляд на явления – традиционный для юриспруденции, определяет мышление юристов.

Экономический анализ права позволяет несколько раздвинуть границы изучаемых явлений, ставя перед собой вопросы проактивно, то есть еще до того, как те или иные явления случились в реальном мире. Демонстрируемый экономическим анализом права *ex ante* подход рассматривает право в первую очередь в качестве системы стимулов, определяющих поведение субъектов. Познавательный акцент смещается на субъективные ожидания индивидов, заданную структуру их предпочтений и степень реализации ожиданий в условиях неопределенности. Рациональный индивид, определяя стратегию своего поведения, принимает во внимание, в том числе и информацию, транслируемую ему правом. Стремясь макси-

---

<sup>1</sup> Речь идет о генеральной линии правовых исследований, не включающей, например, такие неоднозначно воспринимаемые в науке теории, как теория позитивной юридической ответственности (Ф.Н. Фаткуллин, В.Г. Смирнов, Д.А. Липинский).



мизировать полезность, индивид делает выбор и ведет себя определенным образом, что, однако, вполне может и не привести его к ожидаемым результатам.

Рассмотрение права *ex ante* высвечивает также и то, что право<sup>1</sup> – далеко не единственный стимул, влияющий на поведение индивида, а лишь один из многих экзогенных факторов (социальные нормы, мораль, религия и т. д.). И хотя правовая теория также не оспаривает тезис о включении права в более широкую категорию социальных регуляторов поведения, для нее в большей степени присуще представление об автоматическом характере правореализационного процесса<sup>2</sup>. Эффективность нормативного правового акта поэтому может пониматься правовой теорией только телеологически, путем сравнения «должного» и «сущего» в контексте цели, стоявшей перед законодателем<sup>3</sup>.

Для экономического анализа права очевидным является, что реализация правовых норм на практике всегда сопряжена с их интерпретацией и оценкой, «взвешиванием» всех вариантов поведения на весах эффективности. Поэтому экономическая трактовка эффективности отличается консеквенциальным характером, вниманием к оценке правовых последствий в контексте анализа издержек и выгод.

Понимание права в качестве стимула позволяет в рамках экономического анализа права ставить задачу снижения так называемых *deadweight loss* («мертвый груз», некие невозвратные потери). Если акт неправомерного поведения уже состоялся, то это в любом случае влечет появление ряда издержек, которые не могут быть компенсированы. Важно не только оптимальным образом урегулировать последствия подобного поведенческого акта (правовая теория), но и уменьшить ста-

---

<sup>1</sup> Здесь и далее автор исходит из различия «права» (подлинного и реального) и «закона» (как позитивного и формально-определенного права), характерного для теории естественного права.

<sup>2</sup> См.: Третьяков С.В. Формирование исследовательской программы экономической теории права // *Liber amicorum* в честь 50-летия А.Н. Жильцова. Трансграничный торговый оборот и право / сост. и науч. ред.: А.И. Муранов, В.В. Плеханов. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 222–252.

<sup>3</sup> Эффективность права традиционно понимается в отечественном правоведении как соотношение результата действия правовой нормы и стоявшей перед законодателем социальной цели. Эффект понимается учеными в качестве синонима результата. См.: Самощенко И.С., Никитинский В.И., Венгеров А.Б. К методике изучения эффективности правовых норм // *Советское государство и право*. 1971. № 3. С. 70–72.

статистическую вероятность подобных проявлений в будущем (экономический анализ права)<sup>1</sup>.

Таким образом, для повышения эффективности в достижении задачи превенции, которая ставится в публично-правовых отраслях (ст. 1.2 КоАП РФ, ч. 1 ст. 2 УК РФ), возможно использование инструментария экономического анализа права, позволяющего по-новому взглянуть на проблему. Избегание нежелательных сценариев поведения через создание правильной системы правовых стимулов – гораздо более широкая и комплексная задача, чем предупреждение правонарушений, затрагивающая как публичные отрасли права, так и отрасли частные. Гражданские деликты, неумышленные и халатные проявления в поведении, небрежность индивидов – на все эти поведенческие акты можно воздействовать через систему стимулов путем создания эффективной системы распределения издержек несчастных случаев (достаточно вспомнить неоднократно упоминавшиеся работы Г. Калабрези).

Понимание целей наказания, мер юридической ответственности с позиций *deadweight loss* существенно отличается от традиционного юридического взгляда, являясь более жестким и прагматичным. С точки зрения экономического анализа права, общество неизбежно несет невозвратные потери от совершения каждого поведенческого акта, запрещенного действующим законодательством. Совокупное благосостояние (полезность) общества падает, и не так важно, какие последствия при этом наступают для самого лица, совершившего деяние. Интересы об-

---

<sup>1</sup> Уменьшение статистической вероятности совершения нежелательных действий в будущем не идентично по содержанию правовой категории «превенция», хотя и перекликается с ним. Так, в узком юридическом смысле превенция обычно реализуется через устранение причин и условий, способствовавших совершению конкретного правонарушения, то есть достигается она путем воздействия главным образом на нарушителя, через изменение условий его деятельности (например, внесением представления об устранении правонарушения) или исправление его самого. Уменьшение статистической вероятности совершения нежелательных действий в будущем в экономическом анализе имеет даже более широкое значение, чем «общая превенция» и предполагает работу с самой системой, в рамках которой произошло нарушение, то есть снижение вероятности может достигаться и не через воздействие на конкретного нарушителя в отдельном деле, а через изменение системы стимулов, в том числе не носящих карательного характера (например, через изменение условий администрирования системы, поиск иного лица, которое с наименьшими издержками может предотвратить совершение нарушения, поощрение иных вариантов поведения и т. д.).

щества всегда ставятся выше интересов индивида. С точки зрения юриспруденции, нельзя игнорировать принципы справедливости и гуманизма при назначении наказания, при определении правовых последствий для лица, совершившего нежелательный поведенческий акт. В публичном праве при назначении наказания учитывается широкий круг обстоятельств: характер совершенного деяния, личность совершившего его лица, его имущественное положение, наличие смягчающих (отягчающих) обстоятельств, соответствие степени общественной опасности и т. д. (ч. 1 ст. 6 УК РФ, ч. 2 ст. 4.1 КоАП РФ). Экономический анализ права использует рассмотренные выше критерии эффективности, и в масштабах всего общества столь трепетное отношение к отдельно взятому нарушителю не отвечает критерию Парето<sup>1</sup>. Более жесткое наказание (иногда, возможно, несправедливо жесткое по отношению к конкретному индивиду), позволяющее повысить благосостояние общества, уменьшить статистическую вероятность появления в будущем невозвратных потерь, является экономически более эффективным и целесообразным.

Экономический подход к вопросам назначения наказания одновременно подчеркивает две важные черты экономического анализа права. Первая из них заключается в опасности редуцировать с этих позиций всю правовую форму к санкциям и запретам, осуществив своеобразный возврат к позитивистским идеям Дж. Остина (1790–1859) и неопозитивистским идеям Г. Харта (1907–1992), сводящим право к «приказу суверена», носящему властно-распорядительный (и в основном запретительный) характер. На наш взгляд, ключевой эвристический потенциал экономического анализа права заключается не в поиске внутреннего содержания права, его легитимации и всестороннем изучении, а в исследовании взаимодействия права и среды (в данном случае между нормой права, угрозой наказания и реальным поведением). Позитивный экономический анализ права не дает рекомендаций по ценностно-смысловому наполнению правовых норм, это не его предмет, он выявляет (и весьма результативно) закономерности взаимодейст-

---

<sup>1</sup> Kaplow L. Shavell S Fairness versus welfare: notes on the Pareto principle, preferences, and distributive justice // Journal of Legal Studies. 2003. Vol. 32. P. 331–362.

вия права и среды, правовые последствия тех или иных решений. Поэтому упрек о редукции правовой формы не может распространяться за пределы нормативного анализа, хотя и в этой части он не до конца обоснован. Действительно, правоведению известно разнообразие правовых форм: это и запреты, и предписания, и дозволения, и дефиниции, и принципы, т. д. Акцент на исследовании запрети-тельно-предписывающей части правового материала, с одной стороны, органически следует из представления о праве как системе «неявных цен» (Чикагская школа), но, с другой стороны, далеко не исчерпывает его содержания (анализ прав собственности, договорного права<sup>1</sup>, корпоративного права, права интеллектуальной собственности и т. д.).

Второй важной особенностью экономического анализа права является его большая приспособленность к анализу изменений, отклонений отдельных параметров в целом стабильной системы. Маржинальность подхода предопределяет его максимальную продуктивность при количественном изучении отклонений. Для целей изучения и прогнозирования зачастую создаются экономические модели, нацеленные не на дескриптивное описание реальности (как в юриспруденции), а на прогнозирование правовых последствий. Отсюда следует тяготение экономического анализа к генерализации, поиску общих правил, закономерностей, решений, имеющих широкий горизонт применимости, а не только нацеленных на разрешение конкретной ситуации, частного случая, казуса. Правовая наука в целом гораздо более универсальная, пригодна не только в случаях анализа отклонений, но срабатывает и для изучения переходных систем, кризисных явлений.

Правоведение не имеет возможности уклониться от решения частных случаев, казусов, как это может себе позволить экономический анализ права. Отсюда неизбежно возникает и ее дескриптивность, даже порой зарегулированность. Гуманитарный характер науки, необходимость защиты прав человека, его основных свобод, рассмотрение человека в качестве высшей ценности определяют большую артикуляцию качественных, а не количественных оценок. По этой же причине че-

---

<sup>1</sup> С позиций экономического анализа права написано диссертационное исследование: Архипов Д.А. Правовой критерий распределения договорных рисков в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. 181 с.

ловек в правоведении идеализирован, презюмируется его разумность и добросовестность, полное знание (в том числе всего массива подчас противоречивых законодательных предписаний) и соответствие высоким этическим стандартам. Только исходя из этих предпосылок право может адекватно формулироваться в качестве самостоятельной ценности<sup>1</sup>. Сверхценность и абсолютная самостоятельность права (и правовой науки) не позволяют юриспруденции взглянуть на него со стороны, с инструментально-прагматических позиций.

Обратной стороной методологической установки традиционного правоведения являются эвристические сложности при реконструкции взаимоотношений права и среды. Для устранения подобных затруднений на современном этапе представляется целесообразным руководствоваться наработками специально для этого предназначенного мультидисциплинарного направления – экономического анализа права.

Резюмируя, можно выделить следующие *основные черты экономического анализа права как методологического подхода*:

- проактивность (подход *ex ante*) – рассмотрение права как системы экзогенных стимулов, «неявных цен»;
- мультидисциплинарность (использование экономической теории для изучения права);
- маржинальность – отслеживание приростных изменений в целом стабильных по остальным параметрам систем;
- консеквенциалистская эффективность (оценка правовых последствий при помощи ценовой теории);
- прагматичность (рациональность) представлений о человеке как максимизаторе собственной выгоды;
- тенденция к генерализации, выявлению общих закономерностей взаимоотношений права и среды, моделированию и прогнозированию;

---

<sup>1</sup> Сверхценность права как единственного каркаса современного постмодернистского общества постоянно подчеркивает председатель Конституционного Суда РФ В.Д. Зорькин. См.: Зорькин В.Д. Право – и только право // Российская газета (федеральный выпуск). 2015. 24 марта.

- максимально продуктивная работа с количественными показателями (cost benefit analysis);
- вспомогательное значение для юриспруденции, позволяющее дополнить пробельные области знаний, эвристический потенциал традиционной правовой науки для изучения которых недостаточен.

## **§ 8. Применение экономического анализа права в условиях российской правовой системы**

Методология экономического анализа права формировалась преимущественно на материале англосаксонских правовых систем, и это абсолютно объяснимо с учетом локализации течения вокруг Чикагской школы в период его максимального расцвета. Экономический анализ права органично вписан в контекст англосаксонского правового мира с его философской опорой на идеи утилитаризма, развитой традицией экстерналистской судебной аргументации и особой роли «живого» прецедентного правотворчества. Как указывает Г. Гаджиев, «американские судьи не боятся признавать социальные интересы, о которых право не имеет представления. Это традиция правового реализма, которая представляет особый, американский тип правопонимания»<sup>1</sup>. Как мы могли убедиться, появление школы экономического анализа права было подготовлено не только американским правовым реализмом, но также успехом теоретиков школы критических правовых явлений, обосновавших необходимость ухода от монополии юристов на объяснение феноменов правовой жизни, и, несомненно, развитием собственно экономической теории.

Европейская (континентальная) правовая традиция, построенная на идеалистической философии И. Канта, рецепции римского права, главенстве писаного нормативного акта в системе источников права и строгой иерархичности, системности права, в целом более насторожено относится к попыткам использования юристами внешних (по отношению к писаному праву) ценностных критериев. Несмотря на распространение идей экономического анализа права в странах континентального права, рассмотренное нами в пункте 3.2 § 3, высказывается широкая палитра причин «недоверия» к дисциплине со стороны континентальных юристов. Среди них называют чуждость экономически-ориентированной идеологии (К. Вальке)<sup>2</sup>, языковой барьер, инерцию в акаде-

---

<sup>1</sup> Гаджиев Г.А. Экономическая эффективность, правовая этика и доверие к государству // Журнал российского права. 2012. № 1. С. 15.

<sup>2</sup> Valcke C. The French Response to the World Bank's Doing Business Reports // 60 University of Toronto Law Journal. 2010. Vol. 60. P. 200. Катерина Вальке в своем критическом докладе о методологии рейтингов и докладов Doing Business выразила опасение относительно того, что если посчитать экономику единственной целью права, то этим можно спровоцировать конец права как такового.

мических кругах (Р. Кутер)<sup>1</sup>, разнонаправленность юридической науки и практики на континенте (К. Кирхнер)<sup>2</sup>, закрытость, кастовый, протекционалистский характер юридической профессии, отсутствие стимулов выходить за пределы права (Н. Гарупа)<sup>3</sup>, недостаточные математические и экономические навыки европейских юристов (Д. Хонг)<sup>4</sup>, недостаточную силу и влияние судов, по сравнению с США (Р. Познер), культурные различия (К. Дау-Шмидт)<sup>5</sup>, пагубное наследие марксистской идеологии (М. Рамсейер)<sup>6</sup> и т. д.

Однако любая правовая система, в конечном счете, является адаптацией правовых норм к условиям функционирования общества, рынка, политический системы и обладает сравнительными преимуществами и недостатками. В этой связи необоснованно ограничивать экономический анализ рамками какой-либо одной правовой системы, хотя необходимо учитывать и определенную детерминацию выбора направлений применения и использования его результатов этим фактором.

Современная российская правовая система, несмотря на присущее ей своеобразие и некоторые уникальные черты, относится к романо-германской правовой семье (В.М. Сырых)<sup>7</sup> или, по крайней мере, можно констатировать их сближение и по юридико-техническим аспектам, и по содержанию правовых предписаний (В.И. Цыганов)<sup>8</sup>. И хотя некоторые отечественные ученые (например, М.Н. Марченко) полагают, что российская правовая система не может быть приравнена к

<sup>1</sup> Cooter R., Gordley J. Economic Analysis in Civil Law Countries: Past, Present, Future // *International Review of Law and Economics*. 1991. Vol. 11. № 3. P. 261–263.

<sup>2</sup> См.: Кирхнер К. Трудности восприятия дисциплины «право и экономика» в Германии // *Источники: экономика в контексте истории и культуры*. М.: ИД ГУ-ВШЭ, 2004. Вып. 5. С. 368–392.

<sup>3</sup> Garoupa N., Ginsburg T. The Comparative Law and Economics of Judicial Councils // *Berkeley Journal of International Law*. 2009. Vol. 27. P. 53–83.

<sup>4</sup> Dennis W.K. Khong On Training Law and Economics Scholarship in the Legal Academia // *Asian Journal of Law and Economics*. 2010. Vol. 1. P. 1–24.

<sup>5</sup> Kenneth G. Dau-Schmidt, Carmen L. Brun Lost in Translation: The Economic Analysis of Law in the United States and Europe // *44 Columbia Journal of Transnational Law*. 2006. P. 616.

<sup>6</sup> Ramseyer J.M. Law and economics in Japan // *University of Illinois Law Review*. 2011. Vol. 5. P. 1455–1474.

<sup>7</sup> См.: Сырых В.М. Теория государства и права: учебник для вузов. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юстицинформ, 2007. С. 617, 619; Бабаев В.К., Баранов В.М., Толстик В.А. Теория права и государства в схемах и определениях: учебное пособие. М.: Юрист, 2007. С. 200.

<sup>8</sup> См.: Цыганов В.И. Теория государства и права: тезисы лекций. Н. Новгород, 2010. С. 181.



романо-германской семье, поскольку до сих пор находится в переходном состоянии, испытывает влияние совершенно различных правопорядков и открыта такому влиянию, все же полагаем, что наиболее близкой для российской правовой системы является именно романо-германская правовая семья. Представляется допустимым при рассмотрении основных причин, которые могут оказывать или уже оказывают негативное влияние на доверие к методологии экономического анализа права, рассматривать их скорее как архетипические, свойственные в той или иной степени всем романо-германским странам.

*1. Идеологические причины.* В континентальных правовых системах, право воспринимается как элемент культурного наследия страны, в конечном счете, даже как часть ее суверенитета, а экономический анализ права, отстаивающий понимание права как наднациональной ценности, наталкивается здесь, как верно отметила М.И. Одинцова, на «юридический национализм»<sup>1</sup>. К сожалению, в русскоязычной юридической литературе до сих пор встречаются попытки дать оценку всему научному направлению «экономический анализ права» через призму некой идеологической вражды. Так, А. Курбатов расценивает попытки применения экономического анализа права в качестве попытки «американизировать» право и тем самым лишить его доктрины<sup>2</sup>. Идеологические коннотации с марксизмом вызывает экономический анализ права и у А.В. Антонова<sup>3</sup>.

На наш взгляд, важно понимать, что научный экономический анализ права ориентируется на поиск механизмов и закономерностей, которые действуют в праве как всеобщем феномене социальной организации, а не только в определенной правовой системе<sup>4</sup>. Позитивный экономический анализ свободен от идеологического компонента, он является объективным и беспристрастным ин-

<sup>1</sup> См.: Одинцова М.И. Экономика права. М.: ИД ГУ-ВШЭ, 2007. С. 60.

<sup>2</sup> Курбатов А. «Американизация» российского права. Экономический анализ права как средство уничтожения его доктрины. URL: <http://zakon.ru/Blogs/OneBlog/2029> (дата обращения: 20.09.2015).

<sup>3</sup> «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». Антонов М.В. О некоторых теоретических проблемах применения экономического анализа права в России // Право. Журнал ВШЭ. 2011. № 3. С. 19.

<sup>4</sup> Mattei U. Comparative Law and economics. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1997. P. 288.

струментом при принятии политико-правовых решений, не предрешая политико-правовой выбор.

2. *Самодостаточность (закрытость) правовой системы и интернализм правовой (судейской) аргументации.* Методологические разногласия юридического формализма и правового реализма (и социологии права) в действительности сводятся к спору о правомерности введения внешних ценностных критериев в процесс принятия судьей решения<sup>1</sup>. Наиболее ярко этот фактор в российской правовой действительности проявляется сейчас в полемике вокруг такой отрасли знания, как конституционная экономика, основоположником которой в РФ является судья Конституционного Суда доктор юридических наук, профессор Г. Гаджиев.

Оценивая перспективы экономической аргументации в Конституционном Суде профессор М.И. Одинцова указывает, что необходимо сравнить правовые решения с точки зрения соотношения выгод и издержек, после чего наибольший вес получает более эффективная норма – та норма, для которой соотношение издержек и выгод складывается в пользу последних<sup>2</sup>. Т.М. Сырунина дополняет приведенное рассуждение указанием на необходимость при выборе нормы руководствоваться также максимизацией общественного благосостояния<sup>3</sup>. Иными словами, оба ученых не видят никаких проблем в прямом применении экстерналистских приемов аргументации судебного решения в высшей судебной инстанции. Однако же сам Г. Гаджиев замечает, что приведенная логика допустима, «только если будет решен важный методологический вопрос о допустимости при разрешении конфликтов между равнозначными правовыми принципами для придания приоритета одному из них опираться и на экономические доводы»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> См.: Кихнер К. Трудности восприятия дисциплины «право и экономика» в Германии // Истоки: экономика в контексте истории и культуры. М.: ИД ГУ-ВШЭ, 2004. Вып. 5. С. 382.

<sup>2</sup> См.: Одинцова М.И. Экономические доводы в Конституционном суде: возможности и границы их применения // Очерки конституционной экономики. 23 октября 2009 г. / под ред. Г.А. Гаджиева. М., 2009. С. 228.

<sup>3</sup> См.: Сырунина Т.М. Перспективы и сложности применения судами экономического анализа права при разрешении споров // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 4. С. 79–90.

<sup>4</sup> Гаджиев Г.А. Предмет конституционной экономики // Очерки конституционной экономики. 23 октября 2009 г. / под ред. Г.А. Гаджиева. М., 2009. С. 88.

Необходимо отметить, что в последние годы к применению экономического анализа права в судебной практике стали в той или иной форме заявлять высшие судебные инстанции страны. Так, в Особом мнении к постановлению КС РФ от 20 декабря 2011 года № 29-П все тот же Г. Гаджиев призвал к проверке вариантов толкования методами экономического анализа права.

А. Иванов в 2012 году при выступлении на Санкт-Петербургском экономическом форуме ориентировал арбитражные суды на использование экономического анализа права при рассмотрении налоговых споров<sup>1</sup>. Более того, арбитражные суды начали использовать экономический анализ права при разрешении дел, причем не только в целях толкования правовых норм, но также и для оценки фактических обстоятельств дела. В соответствии с п. 7 постановления Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 12 октября 2006 года № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды», если суд на основании оценки представленных налоговым органом и налогоплательщиком доказательств придет к выводу о том, что налогоплательщик для целей налогообложения учел операции не в соответствии с их действительным экономическим смыслом, суд определяет объем прав и обязанностей налогоплательщика, исходя из подлинного экономического содержания соответствующей операции. Фактически юридическая квалификация действий напрямую связывается с выявлением ее реального экономического содержания, которое возможно установить только путем применения экономического анализа права.

3. *Недостаточный авторитет и автономия судебной власти*<sup>2</sup>. В американской системе разделения властей, базирующейся на системе сдержек и противовесов, судебная власть, находящаяся под постоянной угрозой ограничения со стороны власти законодательной, тяготеет к доктринам, позволяющим ос-

---

<sup>1</sup> См.: Неформальный подход // Российская газета. 2012. 11 декабря.

<sup>2</sup> Подробнее этот фактор рассмотрен в публикации автора: Тимофеев Е.А. Роль экономического анализа права в условиях российской правовой системы // Вестник Костромского государственного университета им. Н.А. Некрасова. 2015. № 4. С. 186–189.

лабить роль законодателя, поддержать независимость общего права от права писаного.

В странах романо-германского права в целом, и в России особенно, судебная власть не обладает настолько независимым характером, ее роль строго ограничена интерпретацией, толкованием писаного права, создаваемого законодательными органами власти. Судебный прецедент официально не относится к источникам права<sup>1</sup>. Расширительное толкование, в рамках которого может быть создана новая норма права, находится под постоянной угрозой вмешательства законодательных органов или Конституционного Суда. Исторически считается, что правом принятия общеобязательных норм поведения наделена только законодательная власть, избранная всенародным голосованием. Поэтому, даже создавая новые нормы права *praer legem* (кроме закона) и уж тем более *contra legem* (против закона), суды маскируют свое правотворчество под категориями целей и смысла законодательного акта.

Таким образом, в континентальных (российских) судах целям сохранения автономии скорее способствует традиционное, догматическое мышление. Судьи высших судебных инстанций гораздо в большей степени свободны от такого ограничения, поскольку их престиж не в последнюю очередь зависит от степени их участия в разработке, модернизации права (что доказывает и приведенная выше судебная практика).

Однако в Российской Федерации подобная активность Высшего арбитражного суда РФ, заработавшего свой авторитет активным участием в модернизации права, адаптации объективно запаздывающего и противоречивого правового регулирования к реально возникающим казусам и обстоятельствам динамично меняющейся жизни, привела лишь к его упразднению<sup>2</sup>. Объединенный Верховный Суд РФ уже занял более осторожную позицию в вопросах толкова-

---

<sup>1</sup> См.: Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судейское право. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. 512 с.

<sup>2</sup> О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации: закон РФ о поправке к Конституции РФ от 5 февраля 2014 года № 2-ФКЗ // Собрание законодательства РФ. 2014. № 6, ст. 548.

ния права и будет ориентироваться на законодателя. Это видно даже по технике написания разъяснений, в которой объединенный Верховный Суд использует обширные прямые цитаты законодательства, лишь акцентируя внимание на том или ином его аспекте.

*4. Объективные факторы: уровень правовой статистики, языковой барьер и проч., безусловно, влияют на темпы распространения и внедрения методологии экономического анализа права в РФ. Однако сами по себе данные факторы тормозят не только рассматриваемый нами вопрос, но и развитие российского права в целом. Представляется нецелесообразным подробно обсуждать вопросы необходимости снятия проблемы языкового барьера в академической среде или совершенствования механизмов сбора достоверной и прозрачной правовой статистики – ограничимся их констатацией.*

Рассмотренные факторы не являются непреодолимыми барьерами на пути утверждения методологии экономического анализа права в нашей стране, но позволяют точнее понять маршрут, предугадать (и при необходимости скорректировать) направление развития дисциплины в Российской Федерации. Теперь, принимая во внимание выявленные факторы, можно сформулировать границы применимости экономического анализа права с учетом особенностей российской правовой системы.

**1. При реализации правотворческой функции (проектировании нормативного правового материала).** Данная сфера применения экономического анализа права наиболее тесно примыкает к таким разделам правоведения, как правотворчество и законодательная техника, позволяя при этом рассмотреть их под иным углом. С позиций традиционной юриспруденции, законодательная техника понимается как система правил и приемов наиболее рациональной организации и логически последовательного формулирования законов (и подзаконных актов) в соответствии с их сущностью и содержанием<sup>1</sup>. В фокусе исследования находится законодательная техника, правотворческий процесс,

---

<sup>1</sup> См.: Марченко М.Н. Общая теория государства и права. Академический курс: в 3 т. 3-е изд. М.: Норма, 2007. Т. 2. С. 176–177.

структура нормативных актов и т. д. Вопросы же издержек разработки и реализации проектов остаются за скобками, хотя с точки зрения экономического анализа права они являются неотъемлемой частью рассматриваемых вопросов, а любой процесс принятия решений невозможен без исследования связей альтернативных вариантов решения и их последствий, а также эвристик каждого из этапов принятия решения.

В.Л. Тамбовцев обосновал и разработал основные принципы институционального проектирования, подлежащие применению при создании и/или изменении институтов (правил поведения и механизма принуждения к их исполнению), которые должны изменить поведение адресатов правил, переориентировать их на достижение поставленных целей (инструментальный подход)<sup>1</sup>. К базовым принципам институционального проектирования относятся:

- принцип этапной полноты проекта (выявление агентов, чье поведение представляется «неоптимальным»; формулирование проблемы; постановка цели; выявление ограничений; разработка вариантов; поиск критериев отбора вариантов; постановка задачи; принятие решения о выборе лучшего варианта) – строгое и неукоснительное следование последовательности выполнения всех этапов проектирования, даже в случаях, если результаты иногда кажутся очевидными, позволяет исключить пропуск варианта постановки проблемы (цели), а значит также и исключить возможность дальнейшей проработки не оптимального варианта законопроекта;

- принцип компонентной полноты проекта – включение всех компонентов деятельности, в том числе необходимые ресурсы (людские, материальные, финансовые, информационные, организационные и иные). Обязательными компонентами проекта являются алгоритм взаимодействия вовлеченных агентов (включая как описание самого института, так и его корреляцию с уже существ-

---

<sup>1</sup> См.: Тамбовцев В.Л. Методы экономического анализа права в проектировании нормативно-правовых актов // Russian Journal of Legal Studies. 2014. № 4 (1). С. 101–107, Тамбовцев В.Л. Теоретические основы институционального проектирования // Вопросы экономики. 1997. № 3. С. 82–94.

вующими нормами и правилами<sup>1)</sup> и механизм понуждения к следованию. Должны быть выявлены все задействованные агенты, запроектированы их предположительные действия, а также все возникающие изменения их экономического состояния (потери, выгоды, появление новых или потеря существующих вариантов поведения);

- принцип достаточного разнообразия стимулов – без разноплановой мотивации следование широкого круга субъектов предлагаемому паттерну маловероятно, только учет разнообразия мотиваций и стимулов может вести к эффективному введению в реальную практику проектируемых моделей;

- принцип максимальной защищенности от девиантного поведения – учет всех интересов агентов, исключение не только случайного неисполнения, но и целенаправленного применения предлагаемой модели в иных, чем заложены в ней, целях. Примером подобного рода экспертизы проектируемых моделей можно назвать антикоррупционную экспертизу нормативных правовых актов<sup>2)</sup>;

- принцип соучастия все субъектов – так называемая «договорная регуляция» (*negotiated rulemaking*), применение которой значительно облегчилось в связи с расширением возможностей электронной коммуникации. Не существует более точной экспертизы проектной модели, чем обсуждение ее со всеми задействованными агентами, являющимися профессионалами в своей

---

<sup>1</sup> В качестве примера недостаточной проработки системных связей правового решения можно привести введение в налоговое законодательство понятия «консолидированная группа налогоплательщиков» (Федеральный закон от 16 ноября 2011 года № 321-ФЗ), не позволившее реализовать регионам принципы бюджетной системы РФ и осуществить прогнозирование налоговых поступлений с достаточной степенью точности. В результате введения консолидированных групп, по данным Счетной палаты РФ, в 2012 году поступления от налога на прибыль уменьшились на 60,8 млрд рублей, падение затронуло 18 субъектов РФ, в результате чего в НК РФ были внесены изменения об отсрочке вступления в силу договоров о создании консолидированных групп до 1 января 2016 года (Федеральный закон от 24 ноября 2014 года № 366-ФЗ), а регионам оказана финансовая помощь. Между тем, ст. 3 Федерального закона от 28 ноября 2015 года № 325-ФЗ определено, что договоры, зарегистрированные налоговыми органами в 2014–2015 годах, считаются незарегистрированными. Той же статьей установлено, что в течение 2016–2017 годов договоры о создании КГН, а также изменения в них, налоговыми органами не регистрируются. Таким образом, сначала вступление в силу договоров о создании КГН перенесли до 1 января 2016 года, а потом и вовсе отложили на неопределенный срок.

<sup>2</sup> См.: Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов: постановление Правительства РФ от 26 февраля 2010 года № 96 (с изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. 2010. № 10, ст. 1084.

области. Хотя бы на частичное следование этому принципу направлена оценка регулирующего воздействия, которая была введена российским законодателем в 2010 году<sup>1</sup>;

- принцип типологичности – учет особенностей отраслевой типизации нормативного материала, места проектируемого акта в иерархии нормативных правовых актов и т. д.

Применение экономического анализа права при проектировании нормативных правовых актов позволяет исследовать стимулы адресатов, феномены оппортунистического и стратегического поведения, склонность к риску, наконец, связи между вводимыми правилами и сопутствующими издержками, а не только качественно структурировать нормативный материал при помощи способов и приемов законодательной техники. Ценность подобного смещения исследовательского фокуса очевидна и независима от условий правовой целевой системы, в условиях которой применяется экономический анализ.

Наконец, с позиций экономического анализа права достигается более широкая оценка эффективности проектируемой модели (по сравнению с оценкой в плоскости исключительно законодательной техники):

- общая (производственная) эффективность достигается через анализ выгод и издержек всех субъектов, вовлеченных в модель. Проект должен соответствовать выбранному проектантом критерию эффективности (например, по Парето) и не провоцировать негативные явления в экономике;

- результативная эффективность (действенность) достигается через оценку достаточности ресурсов адресатов и гарантов нормы, а также оценку соответствия результатов поставленной цели (традиционный правовой дискурс);

- внутренняя эффективность достигается путем выбора лучшей (наиболее экономически эффективной, наименее затратной) альтернативы из числа выявленных проектантом числа вариантов институционального проекта.

---

<sup>1</sup> О внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации: постановление Правительства РФ от 15 мая 2010 года № 336 // Собрание законодательства РФ. 2010. № 21, ст. 2602.



Не стоит забывать также и о широких прогностических (предсказательных) возможностях теории экономического анализа, которые могут быть использованы в ходе правотворческой деятельности.

**2. Применение экономического анализа права для получения данных о применении законодательства и/или судебной практики в целях дальнейшего совершенствования** также возможно в условиях любой правовой системы (в том числе при помощи математических методов). Показательно, что подобное применение экономического анализа права доступно не только органам государственной (муниципальной) власти, но во многом и общественным объединениям, институтам гражданского общества. Например, Национальная ассоциация администраторов сферы образования (НААКО) / The American Association of University Administrators (AAUA) и Национальная ассоциация советов школ (НАСШ) / National School Boards Association (NSBA), действующие в США, в ходе совместного исследования наглядно доказали избыточность правового регулирования в сфере образования. Построенная ассоциациями экономико-математическая модель и приведенная в исследовании графика наглядно демонстрировали, что процесс увольнения несоответствующего должности профессора занимает около года и включает до 83 действий и согласований, замещение вакантной должности преподавателя требует совершения 38 действий, а организация университетского спортивного мероприятия – до 99<sup>1</sup>.

В нашей стране определенные традиции в области применения field studies сложились в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, в частности, в сфере изучения вопросов преступности, экономико-правовом изучении муниципальной реформы и т. д.<sup>2</sup> Формирование гражданского общества неминуемо расширит круг субъектов, желающих оценить действующее законодательство и правоприменительную практику при помощи экономического анализа. Подобные инициативы можно только приветствовать, если

<sup>1</sup> Common Good «Overruled: The Burden of Law on America's Public Schools». 2004. URL: <http://commongood.org/burden-of-law.html> (дата обращения: 21.09.2015).

<sup>2</sup> Хабриева Т.Я. Экономико-правовой анализ: методологический подход // Журнал российского права. 2010. № 12.

их результатом будет модернизация законодательства, устранение избыточных административных барьеров.

Уже сейчас есть примеры применения экономического анализа для совершенствования российского законодательства. Так, после оценки величины налоговой нагрузки при принятии решений о старте капиталоемких проектов в разных отраслях была выявлена необходимость изменения налогового режима шельфовых месторождений (до принятия Федерального закона от 30 сентября 2013 года № 268-ФЗ<sup>1</sup> по нефтяным месторождениям Печорского моря 65% выручки уходило на уплату налогов, в итоге 6-процентная доходность была гораздо ниже среднеотраслевой, что влекло низкую заинтересованность в освоении шельфа)<sup>2</sup>.

3. Наиболее дискуссионным является вопрос о допустимости применения экономического анализа права *в ходе правоприменительной практики* (как судебной, так и иной) в условиях континентального права. В условиях романо-германской правовой системы любые экономические рассуждения правоприменителя не отменяют его обязанности применить к конкретному случаю норму, которая следует из его юридической квалификации правоотношений сторон в действующей системе законодательства.

Применение экономического анализа права *в ходе оценки фактических обстоятельств*, имеющих значение для дела, не противоречит формально-правовой логике континентального образца. В этой связи примечательны не только уже приведенные нами выше установки высших судебных инстанций, но и солидаризация с ними теоретиков. М.В. Антонов, скорее скептически оценивающий перспективы применения экономического анализа права в России, тем не менее признает, что в рамках строго формального применения права ар-

---

<sup>1</sup> О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с осуществлением мер налогового и таможенно-тарифного стимулирования деятельности по добыче углеводородного сырья на континентальном шельфе Российской Федерации: федеральный закон от 30 сентября 2013 года № 268-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2013. № 40, ст. 5038.

<sup>2</sup> См.: Баранов Н.С., Павлова Л.П. Налоговый режим для шельфовых месторождений // Финансы. 2014. № 4. С. 37–41.

битражным судам трудно применять категорию малозначительности<sup>1</sup> (ст. 2.9 КоАП РФ), которую сначала необходимо наполнить экономическим смыслом посредством применения экономического анализа. В этом случае, однако, правоприменитель (судья) все равно остается в рамках нормы, с помощью которой обосновывает свое решение, руководствуясь экономическими соображениями, как мотивом, наряду с иными мотивами, отражая свои рассуждения в мотивировочной части. Иными словами, экономическое суждение не имеет нормативной значимости само по себе, поскольку если бы она существовала, тогда была бы параллельно создана некая вторая нормативная система (наподобие common law и equity law).

В англосаксонском праве роль судьи заключается в том, что он находит право (а не создает его)<sup>2</sup>, опираясь на социальные процессы, напрямую выводя из них правовые принципы, поэтому, базируясь на экономических отношениях и абстрагируя из них рациональные модели поведения до правовых принципов (Black letter law), судье просто необходим экономический анализ права. Судья наделен правом при определенных условиях даже преодолеть (overrule) правовую норму, создав вместо нее другую.

Континентальное правоприменение на таких началах немыслимо, даже судья лишен дискреции при выборе правовой нормы. Остается открытым вопрос о применении экономического анализа *в ходе толкования нормативных предписаний*. В ситуации правовой неопределенности задачей любого правоприменителя, а особенно судьи, видится ее устранение, переход к состоянию правовой определенности, что, в свою очередь, немыслимо без определенной доли усмотрения<sup>3</sup>. При таких обстоятельствах в качестве инструмента устранения неясности, выбора варианта интерпретации из числа открытых и возможных способов толкования норм может использоваться экономический анализ права.

---

<sup>1</sup> См.: Антонов М.В. О некоторых теоретических проблемах применения экономического анализа права в России // Право. Журнал ВШЭ. 2011. № 3. С. 12.

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

<sup>3</sup> См. подробнее: Власенко Н.А. Правоприменение в свете категорий определенности и неопределенности // Журнал российского права. 2014. № 2. С. 37–44.

Ограничивающим применимость подобной логики рассуждений (являющейся в полной степени прерогативой суда) служит уместность критерия эффективности только (или по преимуществу) в тех областях, в которых конституционный выбор сделан законодателем в пользу рынка<sup>1</sup>.

Таким образом, экономический анализ права (в первую очередь в своей позитивной разновидности) вполне применим в условиях российской правовой системы. Наиболее продуктивным представляется его использование для совершенствования законодательства и правоприменительной практики – при подготовке законопроектов, а также в ходе аналитической работы над совершенствованием правовой системы. Прямое использование в правоприменении осложнено особенностями правовой культуры, однако оно не исключается, а скорее ограничивается вопросами оценки фактических обстоятельств дела и, при определенных условиях, толкованиями действующих правовых предписаний (в пределе – по модели *praer legem*).

Подводя итог второй главе диссертационного исследования, необходимо сделать следующие выводы:

1. Современные общесоциальные тенденции, подвергающие «экономизации» все сферы общественной жизни, включая науку, повлияли и на рассматриваемое нами политико-правовое учение «Law and Economics», в результате чего в его рамках появились радикальные нормативные предложения, предполагающие замены традиционных правовых целей и ценностей. Тем не менее, такой радикализм исключен в классическом (позитивном) варианте учения, являющимся строго научным, не носящим нормативного подтекста и представляющим собой объективное, нонкогнитивное, инструментальное учение, свободное от чрезмерной идеологизированности, направленное в основном на реализацию прогностической, дескриптивной и эвристической функции.

2. Исходя из специфики изучения права в рамках «Law and Economics», предполагающего использование самостоятельной научной дисциплины (экономики) для своеобразного взгляда на правовые реалии «извне», интересующее нас

---

<sup>1</sup> См.: Шеффер Г.Б. Эффективность как правовая норма // Истоки: экономика в контексте истории и культуры. М.: ГУ-ВШЭ. 2004. Вып. 5. С. 393–420.

учение относится к мультидисциплинарным (наряду, к примеру, с философией права, социологией права) исследованиям, в противовес междисциплинарным (предполагающим создание новой онтологии и методов работы с объектами изучения) и трансдисциплинарным (построение новых интегральных структур, универсальность онтологии и методов). Исходя из этого, в рамках «Law and Economics» предполагается сохранение демаркации предметов научного знания экономики и юриспруденции без создания новых интегральных структур.

3. Характерными особенностями познавательной установки «Law and Economics» являются ее проактивность (подход *ex ante*) – рассмотрение права как системы экзогенных стимулов, «неявных цен»; мультидисциплинарность (использование экономической теории для изучения права); маржинальность – отслеживание простых изменений в целом стабильных по остальным параметрам систем; консеквенциалистская эффективность (оценка правовых последствий при помощи ценовой теории); прагматичность (рациональность) представлений о человеке как максимизаторе собственной выгоды; тенденция к генерализации, выявлению общих закономерностей взаимоотношений права и среды, моделированию и прогнозированию; максимально продуктивная работа с количественными показателями (*cost benefit analysis*).

4. При анализе используемых понятий, наиболее герменевтически обоснованным и терминологически выверенным русскоязычным понятием для обозначения учения «Law and Economics» представляется термин «экономический анализ права», позволяющий, в отличие от иных встречающихся в литературе вариантов («экономика права», «экономическая теория права», «право и экономика» и др.), подчеркнуть мультидисциплинарность содержания описываемого политико-правового учения.

5. Поскольку российская правовая система тяготеет к романо-германской правовой семье, наиболее перспективным представляется использование позитивного направления экономического анализа права, преимущественно посредством применения разработанной в нем системы принципов институционального проектирования нормативных правовых актов, что позволит улучшить качество отечественного правотворчества за счет обращения к передовым методам моделирования и прогнозирования, а также работы с количественными показателями (*cost benefit analysis*).

### Заключение

Проведенное диссертационное исследование учения «Law and Economics» позволило выявить глубокие исторические корни идей экономического подхода к праву. Генезис экономического анализа права в своей философско-теоретической, концептуальной основе тесно связан с философией утилитаризма, шотландского просвещения, эвристиками естественно-правовой школы. Очевидно и влияние собственно экономической мысли, в известной мере являющейся «материнской» для изучаемого направления, поскольку исходные предпосылки (нео) исторической, (нео) классической, а затем институциональной школы экономики определяли на соответствующих этапах развития глубинное методологическое содержание проводимых исследований и отстаиваемых авторами тезисов.

С позиций системного подхода, предложена авторская периодизация исторической динамики экономического анализа права как самостоятельного мультидисциплинарного научного направления, при этом на каждом из этапов развития дисциплины был обнаружен уникальный набор характеристик и черт, включая особенности научно-исследовательского горизонта, методологических приемов и границ познавательных возможностей. Исследование современного этапа развития экономического анализа права предоставило возможность в полной мере оценить актуальность и перспективность его эмоционально-нейтрального, строго научного применения в непростых условиях «экономизации» общественных отношений и нарастающей угрозы «экономического империализма» и всеобщего экономического детерминизма. Некоторые крайние, радикальные нормативные установки экономического анализа права действительно создают угрозу редуцирования широкой палитры правовых целей, ценностей и смыслов (включая справедливость) к экономической эффективности, однако это ни в коем случае не сводит все богатство и многообразие учения «Law and Economics», включая абсолютно объективный позитивный экономический анализ, к таким радикальным течениям. Скорее, появление внутри экономического анализа права крайних нормативных установок является следствием влияния общего контекста «экономизации» социальной реальности, в котором существует современное постмодернистское общество, в том числе и наука.

Помимо эксплицитной ориентированности экономического анализа права на применение в условиях англосаксонского (общего, прецедентного) права, на современном этапе развития направления необходимо констатировать универсальность, наднациональный характер методологии, применение которой для мультидисциплинарного анализа определенного круга правовых феноменов и получило название экономического анализа права. Не претендуя на вторжение в сферу права, как элемента общей культуры или даже суверенитета отдельных стран и правовых порядков, позитивный экономический анализ позволяет подвергнуть научному (объективному, квантифицируемому) изучению закономерности на стыке права и экономики. Именно в этом и заключается наиболее ценный научный (эвристический) потенциал, позволяющий использовать идеи учения «Law and Economics» для расширения познавательных и объяснительных способностей науки. Традиционный «юридический метод» является более универсальным, позволяет исследовать право в качестве самостоятельной системы, совершенствовать качество нормативного материала на счет повышения уровня юридической техники. Вместе с тем, изучение права в контексте его реального воздействия на систему стимулов адресатов правового регулирования, моделирование результатов введения той или иной нормы, прогнозирование последствий перспективного регулирования, востребованности и эффективности предлагаемых моделей регулирования может быть дополнено и усовершенствовано за счет использования идей экономического анализа права.

Научная реконструкция взаимоотношений права и среды, в которой оно должно быть применимо или уже применяется, прагматичное рассмотрение права *ex ante* как одного из целого ряда экзогенных стимулов (или напротив, рестрикций), влияющих на поведение рациональных субъектов, в свою очередь стремящихся к максимизации личного блага, – этим экономический анализ права может дополнить арсенал юридической методологии. Однако приведенные области не исчерпывают содержательного значения экономического анализа права, лишь показывая его перспективность и не связанность границами какой-либо правовой системы (семьи), отсутствие прямой связи с системой источников права конкрет-

ной страны. Институциональное проектирование нормативных правовых актов, оценка их эффективности (как внутренней, так и внешней), аналитическое исследование законодательства и правоприменительной практики, оценка экономического содержания конкретных фактических обстоятельств на современном этапе развития общественных наук с все более развивающейся отраслевой дифференциацией и специализацией научного знания не представляются без экономического анализа права.

Необходимо дальнейшее осмысление перспектив и границ применимости для целей совершенствования отечественной науки и практики идей продолжающего свое развитие и трансформацию учения «Law and Economics». Такая работа затрагивает не только историю политических и правовых учений или теорию права и государства, но и целый ряд отраслевых научных дисциплин (в том числе, гражданское право, гражданский и арбитражный процесс, предпринимательское право, антимонопольное право, налоговое право, конституционное право, уголовное право, административное право и т. д.), в которых могут быть использованы выводы, полученные при проведении настоящего диссертационного исследования.



## **Библиография**

### **I. Нормативные правовые акты**

1. Конституция Российской Федерации : принята 12 декабря 1993 года всенародным голосованием (с поправками) // Российская газета. – 1993. – 25 декабря.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) : федеральный закон от 30 ноября 1994 года № 51-ФЗ (с послед. изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) : федеральный закон от 26 января 1996 года № 14-ФЗ (с послед. изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 5. – Ст. 410.
4. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации : федеральный закон от 14 ноября 2002 года № 138-ФЗ (с послед. изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 46. – Ст. 4532.
5. Уголовный кодекс Российской Федерации : федеральный закон от 13 июня 1996 года № 63-ФЗ (с послед. изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 25. – Ст. 2954.
6. Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях : федеральный закон от 30 декабря 2001 года № 195-ФЗ (с послед. изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 1. – Ч. 1. – Ст. 1.
7. Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая) : федеральный закон от 31 июля 1998 года № 146-ФЗ (ред. от 13.07.2015) // Собрание законодательства РФ. – 1998. – № 31. – Ст. 3824.
8. Налоговый кодекс Российской Федерации (часть вторая) : федеральный закон от 5 августа 2000 года № 117-ФЗ (ред. от 05.10.2015) // Собрание законодательства РФ. – 2000. – № 32. – Ст. 3340.
9. О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации : закон РФ о поправке к Конституции РФ от 5 февраля 2014 года № 2-ФКЗ // Собрание законодательства РФ. – 2014. – № 6. – Ст. 548.

10. О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации в связи с созданием консолидированной группы налогоплательщиков : федеральный закон от 16 ноября 2011 года № 321-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2011. – № 47. – Ст. 6611.

11. О внесении изменений в часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации : федеральный закон от 24 ноября 2014 года № 366-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2014. – № 48. – Ст. 6647.

12. О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с осуществлением мер налогового и таможенно-тарифного стимулирования деятельности по добыче углеводородного сырья на континентальном шельфе Российской Федерации : федеральный закон от 30 сентября 2013 года № 268-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2013. – № 40. – Ст. 5038.

13. Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов : постановление Правительства РФ от 26 февраля 2010 года № 96 (с изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. – 2010. – № 10. – Ст. 1084.

14. О внесении изменений в некоторые акты Правительства РФ : постановление Правительства РФ от 15 мая 2010 года № 336 // Собрание законодательства РФ. – 2010. – № 21. – Ст. 2602.

## **II. Материалы правоприменительной практики**

15. По делу о проверке конституционности положения подпункта 3 пункта 2 статьи 106 Воздушного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами закрытого акционерного общества «Авиационная компания “Полет”» и открытых акционерных обществ «Авиакомпания “Сибирь”» и «Авиакомпания “ЮТэйр”» : постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 20 декабря 2011 года № 29-П // СПС «КонсультантПлюс».

16. По делу о проверке конституционности ряда нормативных актов города Москвы и Московской области, Ставропольского края, Воронежской области и города Воронежа, регламентирующих порядок регистрации граждан, прибывающих на постоянное жительство в названные регионы (с особым мнением судьи Конституционного Суда Российской Федерации Баглая М.В.) : постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 4 апреля 1996 года № 9-П // СПС «КонсультантПлюс».

17. По делу о проверке конституционности пункта 4 части второй статьи 250, статьи 321.1 Налогового кодекса Российской Федерации и абзаца второго пункта 3 статьи 41 Бюджетного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами Российского химико-технологического университета им. Д.И. Менделеева и Московского авиационного института (государственного технического университета) : постановление Конституционного суда Российской Федерации от 22 июня 2009 года № 10-П // СПС «КонсультантПлюс».

18. Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Русский сахар» на нарушение конституционных прав и свобод положением пункта 2 статьи 275 Налогового кодекса Российской Федерации : определение Конституционного Суда Российской Федерации от 5 марта 2014 года № 590-О // СПС «КонсультантПлюс».

19. Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды : постановление Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 12 октября 2006 года № 53 // СПС «КонсультантПлюс».

### **III. Книги и брошюры**

20. Аристотель. Сочинения: в 4 т. / Аристотель ; пер. с древнегреч. – М. : Мысль, 1983. – Т. 4. – 830 с.

21. Бабаев, В. К. Теория права и государства в схемах и определениях : учебное пособие / В. К. Бабаев, В. М. Баранов, В. А. Толстик. – М. : Юрист, 2007. – 256 с.

22. Беккариа, Ч. О преступлениях и наказаниях / Ч. Беккариа. – М., 2009. – 183 с.
23. Бентам, И. Введение в основания нравственности и законодательства / И. Бентам. – М. : РОССПЭН, 1998. – 415 с.
24. Гаджиев, Г. А. Предмет конституционной экономики / Г. А. Гаджиев // Очерки конституционной экономики. 23 октября 2009 года / под ред. Г. А. Гаджиева. – М., 2009. – С. 37–92.
25. Иеринг, Р. Борьба за право / Р. Иеринг. – М. : Типография Грачева, 1874. – 77 с.
26. Иеринг, Р. Цель в праве : в 2 т. / Р. Иеринг. – СПб., 1881. – Т. 1. – 177 с.
27. История экономических учений / под ред. В. Автономова, О. Ананьина, Н. Макашевой. – М. : ИНФРА- М, 2003. – 784 с.
28. Карапетов, А. Г. Свобода договора и ее пределы / А. Г. Карапетов, А. И. Савельев. – М. : Статут, 2012. – Т. 1 : Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений. – 412 с.
29. Кельзен, Г. Чистое учение о праве / Г. Кельзен. – М., 1987. – 109 с.
30. Кистяковский, Б. Философия и социология права / Б. Кистяковский. – СПб., 1998. – 800 с.
31. Конституционная экономика / отв. ред. Г. А. Гаджиев. – М. : Юстицинформ. – 2010. – 256 с.
32. Кудрявцев, В. Н. Эффективность правовых норм / В. Н. Кудрявцев, М., 1980. – 280 с.
33. Локк, Д. Два трактата о правлении / Д. Локк ; пер. с англ. А.Л. Субботин. – М. : «Канон +», 2009. – 400 с.
34. Мандевиль, Б. Басня о пчелах, или Пороки частных лиц для блага общества / Б. Мандевиль. – М. : Наука, 2000. – 291 с.
35. Общая теория права и государства : учебник / под ред. В. В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Юристъ, 2001. – 520 с.
36. Теория государства и права : учебник / под ред. В. К. Бабаева. – М. : Юристъ, 2003. – 592 с.

37. Цицерон, Марк Туллий. Диалоги / Туллий Марк Цицерон. – М. : Наука, 1994.
38. Марченко, М. Н. Общая теория государства и права. Академический курс : в 3 т. / М. Н. Марченко. – 3-е изд. – М. : Норма, 2007. – Т. 2. – 816 с.
39. Марченко, М. Н. Общая теория государства и права. Академический курс : в 3 т. / М. Н. Марченко. – 3-е изд. – М. : Норма, 2007. – Т. 3. – 712 с.
40. Марченко, М. Н. Судебное правотворчество и судебское право / М. Н. Марченко. – М. : ТК Велби ; Изд-во Проспект, 2007. – 512 с.
41. Мирский, Э. М. Междисциплинарные исследования и дисциплинарная организация науки / Э. М. Мирский. – М. : Наука, 1980. – 303 с.
42. Одинцова, М. И. Экономика права / М. И. Одинцова. – М. : ИД ГУ-ВШЭ, 2007. – 430 с.
43. Платон. Сочинения : в 4 т. / под общ. ред. А. Ф. Лосева и В. Ф. Асмуса ; пер. с древнегреч. – СПб. : Изд-во С.-Петербур. ун-та. 2007. – Т. 3 : Ч. 2. – 731 с.
44. Познер, Р. А. Экономический анализ права : в 2 т. / Р. А. Познер ; пер. с англ. В. Л. Тамбовцева. – СПб., 2004. – Т. 1. – 524 с.
45. Политика. Метафизика. Аналитика / Аристотель ; пер. с древнегреч. – М. : Эксмо, 2008. – 960 с.
46. Право и экономическая деятельность: современные вызовы : монография / Н. Г. Доронина, Н. Г. Семилютина, Н. М. Казанцев и др. ; отв. ред. А. В. Габов. – М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. – М. : Статут, 2015. – 400 с.
47. Ролз, Дж. Теория справедливости / Дж. Ролз. – Новосибирск : изд-во НГУ, 1995. – 532 с.
48. Смирнов, П. В. Пути интеграции науки / П. В. Смирнов // Методологические проблемы взаимодействия общественных, естественных и технических наук. – М., 1981. – С. 197–216.
49. Сырых, В. М. Теория государства и права : учебник для вузов / В. М. Сырых. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Юстицинформ, 2007. – 704 с.

50. Тамбовцев, В. Л. Право и экономическая теория / В. Л. Тамбовцев. – М. : ИНФРА-М, 2005. – 224 с.
51. Аквинский, Ф. Сумма теологии / Ф. Аквинский. – К. : Ника-Центр, 2010. – Часть II–I. Вопросы 90–114. – 432 с.
52. Цвайгерт, К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2 т. / К. Цвайгерт, Х. Кётц ; пер. с нем.. – Т. 1 : Основы. – М. : Международ. отношения, 2000. – 480 с.
53. Цыганов, В. И. Теория государства и права : тезисы лекций / В. И. Цыганов. – Н. Новгород, 2010. – 199 с.
54. Шмаков, А. В. Экономический анализ права : учебное пособие / А. В. Шмаков. – Новосибирск : Изд-во НГТУ, 2005. – Ч. 1. – 136 с.
55. Шмаков, А. В. Экономический анализ права : учебное пособие. – Новосибирск : Изд-во НГТУ, 2008. – Ч. 2. – 80 с.
56. Эффективность закона. Методология и конкретные исследования / отв. ред. В. М. Сырых, Ю. А. Тихомиров. – М., 1997.
57. Юм, Д. Трактат о человеческой природе / Д. Юм. – М.: Попурри, 1998. – 720 с.

#### IV. Статьи

58. Авдийский, В. И. Экономический анализ права / В. И. Авдийский // Безопасность бизнеса. – 2009. – № 1. – С. 14–17.
59. Авдийский, В. И. Экономический анализ права: сравнительно-правовое исследование / В. И. Авдийский // Международное и частное право. – 2012. – № 3. – С. 26–29.
60. Алпатов, А. А. Право и экономика: вопросы соотношения / А. А. Алпатов // Право. Журнал Высшей школы экономики. – 2010. – № 4. – С. 3–22.
61. Антонов, М. В. О некоторых теоретических проблемах применения экономического анализа права в России / М. В. Антонов // Право. Журнал Высшей школы экономики. – 2011. – № 3. – С. 10–25.

62. Бальсевич, А. Экономика права: предпосылки возникновения и история развития / А. Бальсевич // Вопросы экономики. – 2008. – № 12. – С. 60–71.
63. Бальсевич, А. А. Подход Австрийской школы к экономическому анализу права: методологические основы и практические рекомендации / А. А. Бальсевич // Сборник статей аспирантов – 2007. – Вып. 1. – М., 2008. – С. 247–266.
64. Беккер, Г. Преступление и наказание: экономический подход [1968] / Г. Беккер // Беккер Г. Человеческое поведение: экономический подход. Избранные труды по экономической теории. – М. : ИД ГУ-ВШЭ, 2003. – С. 282–330.
65. Вельяновски, Ц. Экономический подход к праву: критическое вступление / Ц. Вельяновски. URL: [http://www.nsu.ru/nif/people\\_1/016.pdf](http://www.nsu.ru/nif/people_1/016.pdf) (дата обращения: 01.09.2015).
66. Власенко, Н. А. Правоприменение в свете категорий определенности и неопределенности / Н. А. Власенко // Журнал российского права. – 2014. – № 2. – С. 37–44.
67. Воловик, О. А. Экономический анализ права как средство преодоления судебного формализма / О. А. Воловик // Вопросы экономики и права. – 2013. – № 4. – С. 35–39.
68. Гаджиев, Г. А. Экономическая эффективность, правовая этика и доверие к государству / Г. А. Гаджиев // Журнал российского права. – 2012. – № 1. – С. 10–21.
69. Грехинг, К. Трансатлантические различия в правовой мысли: американский экономический анализ права против немецкого доктринализма / К. Грехинг, М. Гелтер // Вестник гражданского права. – 2010. – № 6. – С. 207–278.
70. Дикин, С. Современное движение права и экономики. Анализ и оценка / С. Дикин // Истоки. – М. : ИД ГУ-ВШЭ, 2000. – Вып. 4. – С. 178–227.
71. Знаменский, Г. Л. Исследования проблем хозяйственного права в новых условиях / Г. Л. Знаменский // Новое хозяйственное право : избр. тр.: сб. науч. тр. – Киев, 2012. – С. 65–79.
72. Зорькин, В. Д. Право и только право / В. Д. Зорькин // Российская газета (Федеральный выпуск). – 2015. – 24 марта.

73. Карапетов, А. Г. Политика и догматика гражданского права: исторический очерк / А. Г. Карапетов // Вестник Высшего арбитражного суда Российской Федерации. – 2010. – № 4–5.

74. Карапетов, А. Г. Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд / А. Г. Карапетов // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. – 2014. – № 11–12.

75. Касавин, И. Т. Междисциплинарное исследование: к понятию и типологии / И. Т. Касавин // Вопросы философии. – 2010. – № 4. – С. 61–74.

76. Кихнер, К. Трудности восприятия дисциплины «право и экономика» в Германии / К. Кихнер // Истоки: экономика в контексте истории и культуры. – М. : ИД ГУ-ВШЭ, 2004. – Вып. 5. – С. 368–392.

77. Кострова, М. Б. Межотраслевые исследования как актуальное направление развития современной юриспруденции / М. Б. Кострова // Russian journal of legal studies. – 2014. – № 4 (1). – С. 85–91.

78. Коуз, Р. Проблемы социальных издержек / // Коуз Р. Фирма, рынок, право. – М. : Дело, 1993. – С. 87–141.

79. Курочкин, С. А. Экономический анализ права как перспективный метод исследования гражданского процесса / С. А. Курочкин // Вестник гражданского процесса. – 2013. – № 1.

80. Одинцова, М. И. Экономические доводы в Конституционном суде: возможности и границы их применения / М. И. Одинцова // Очерки конституционной экономики. 23 октября 2009 года / под ред. Г. А. Гаджиева. – М., 2009. – С. 223–232.

81. Пахомова, Н. Экономический анализ экологического права / Н. Пахомова, К. Рихтер // Вопросы экономики. – 2003. – № 10. – С. 34–50.

82. Познер, Р. О применении экономической теории и злоупотреблении ею при экономическом анализе права / Р. Познер // Истоки: экономика в контексте истории и культуры. – М. : ГУ-ВШЭ, 2004. – Вып. 5. – С. 312–348.

83. Руссо, Ж.-Ж. Рассуждение о происхождении и основаниях неравенства между людьми / Ж.-Ж. Руссо // Трактаты / пер. с фр. А. Хаютина. – М. : Наука, 1969.



84. Самощенко, И. С. К методике изучения эффективности правовых норм / И. С. Самощенко, В. И. Никитинский, А. Б. Венгеров // Советское государство и право. – 1971. – № 3. – С. 70–78.
85. Сырунина, Т. Перспективы и сложности применения судами экономического анализа права при разрешении споров / Т. Сырунина // Сравнительное конституционное обозрение. – 2011. – № 4. – С. 79–90.
86. Тамбовцев, В. Л. Методы экономического анализа права в проектировании нормативно-правовых актов / В. Л. Тамбовцев // Russian journal of legal studies. – 2014. – № 4 (1). – С. 101–107.
87. Тамбовцев, В. Л. Теоретические основы институционального проектирования / В. Л. Тамбовцев // Вопросы экономики. – 1997. – № 3. – С. 82–94.
88. Тимофеев, Е. А. Law and economics как перспективное направление мультидисциплинарных исследований / Е. А. Тимофеев // Евразийский юридический журнал. – 2015. – № 1. – С. 196–199.
89. Тимофеев, Е. А. Краткий исторический очерк по экономике права / Е. А. Тимофеев // Мир политики и социологии. – 2015. – № 1. – С. 113–119.
90. Тимофеев, Е. А. Роль экономического анализа права в условиях российской правовой системы / Е. А. Тимофеев // Вестник Костромского государственного университета им. Н. А. Некрасова. – 2015. – № 4. – С. 186–189.
91. Тимофеев, Е. А. Соотношение эффективности как цели правовой политики с принципом справедливости (с позиций экономического анализа права) / Е. А. Тимофеев // Евразийский юридический журнал. – 2015. – № 6. – С. 168–170.
92. Третьяков, С. В. Формирование исследовательской программы экономической теории права / С. В. Третьяков // Liber amicorum в честь 50-летия А. Н. Жильцова. Трансграничный торговый оборот и право / сост. и науч. ред. : А. И. Муранов, В. В. Плеханов. – М. : Инфотропик Медиа, 2013. – С. 222–252.
93. Улен, Т. Теория рационального выбора в экономическом анализе права / Т. Улен // Вестник гражданского права. – 2011. – № 3. – С. 275–315.
94. Хабриева, Т. Я. Экономико-правовой анализ: методологический подход / Т. Я. Хабриева // Журнал российского права. – 2010. – № 12. – С. 5–26.

95. Хаванова, И. А. О теории экономического анализа в налоговом праве (концептуальные основы) / И. А. Хаванова // Журнал российского права. – 2015. – № 5. – С. 111–124.

96. Шеффер, Г. Б. Эффективность как правовая норма / Г. Б. Шеффер // Истоки: экономика в контексте истории и культуры. – М. : ГУ-ВШЭ, 2004. – Вып. 5. – С. 393–420.

97. Экономика и право: новый контекст // Российская газета. – 2014. – 21 мая.

#### **V. Авторефераты диссертаций, диссертации**

98. Алпатов, А. А. Право человека на вознаграждение за труд в контексте соотношения экономики, права и справедливости : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Алпатов Алексей Андреевич. – Волгоград, 2005. – 194 с.

99. Андреева, А. Г. Правовое регулирование экономических отношений: теоретико-правовой аспект : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Андреева Алиса Гарниковна. – Краснодар, 2006. – 204 с.

100. Архипов, Д. А. Правовой критерий распределения договорных рисков в гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Архипов Денис Анатольевич. – М., 2011. – 181 с.

101. Баранов, В. Д. Экономическая безопасность внешнеторговой среды России в условиях глобализации экономики (теоретико-методологический подход) : автореф. дис. ... д-ра экон. наук : 08.00.05 / Баранов Владислав Дмитриевич. – М., 2011. – 44 с.

102. Девитаев, А. Р. Правовые отношения в сфере экономики : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Девитаев Артур Ревальевич. – Казань, 2006. – 175 с.

103. Ершов, Н. Н. Правовые пределы вмешательства российского государства в сферу экономики : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Ершов Никандр Николаевич. – Н. Новгород, 1999. – 191 с.

104. Жинкин, С. А. Эффективность права: антропологическое и ценностное измерение : дис. ... д-ра. юрид. наук : 12.00.01 / Жинкин Сергей Алексеевич. – Краснодар, 2009. – 401 с.

105. Колоколенков, Д. С. Роль права в регулировании экономики, обеспечении экономической свободы и безопасности : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Колоколенков Денис Сергеевич. – Рязань, 2010. – 212 с.

106. Ларин, А. А. Роль экономических факторов в развитии права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Ларин Александр Александрович. – Н. Новгород, 2007. – 167 с.

107. Нартымов, Д. М. Проблемы повышения эффективности наказания : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Нартымов Дмитрий Михайлович. – Н. Новгород, 2010. – 250 с.

108. Орехова, Т. Р. Соотношение права и экономики (Общетеоретические аспекты) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Орехова Татьяна Романовна. – М., 1999. – 164 с.

109. Сметанников, Д. С. Школа критических правовых исследований : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Сметанников Дмитрий Станиславович. – СПб., 2000. – 149 с.

## **VI. Литература на иностранных языках**

110. Decision of United States Court of Appeals, Ninth Circuit. 7 June 1974. «Union oil company et al., appellants, v. James J. Oppen and John J. Masterson et al., appellees. URL: <https://casetext.com/case/union-oil-co-v-oppen> (дата обращения : 20.09.2015).

111. Decision of United States Court of Appeals, Ninth Circuit. 9 January 1947. «United states et al. v Carroll Towing Co., Inc., et al. URL: <https://casetext.com/case/united-states-v-carroll-towing-co-2> (дата обращения : 20.09.2015).

112. Alchian, A. A. Some Economics of Property Rights, Economic Forces at Work / A. A. Alchian. – Indianapolis, 1965. – P. 127–149.

113. Baird, D. Game Theory and the Law / D. Baird, R. Gertner, R. Picker. – Cambridge : MA. Harvard University Press, 1994. – 330 p.

114. Barnett, R. Foreword : Post-Chicago Law and Economics / R. Barnett // Chicago-Kent Law Review. – 1989. – Vol. 65. – Is. 1. – P. 3–21. URL : <http://www.scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol65/iss1/2>.
115. Becker, G. Crime and Punishment: the economic approach / G. Becker // Journal of Political Economy. – 1968. – Vol. 76. – P. 169–217.
116. Bernard, A. Law and Economics, An Idiotic Science? / A. Bernard // Henri Capitant Law Review. – 2010. – Vol. 1. URL : <http://www.henricapitantlawreview.fr/article.php?lg=en&id=226>.
117. Black, D. The Rationale of Group Decision-Making / D. Black // Journal of Political Economy. – 1948. – № 56. – P. 23–34.
118. Black, D. The Theory of Committees and Elections / D. Black. – Cambridge: Cambridge University Press, 1958.
119. Blaug, M. The Methodology of Economics – or How Economists Explain / M. Blaug. – Cambridge, 1980. – 316 p.
120. Buchanan, J. M. The Calculus of Consent – Logical Foundations of Constitutional Democracy / J. M. Buchanan, G. Tullock. – Ann Arbor : The University of Michigan Press, 1962.
121. Calabresi, G. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts / G. Calabresi // Yale Law Journal. – 1961. – № 70. – P. 499–533.
122. Calabresi, G. The Cost of Accidents : A Legal and Economic Analysis / G. Calabresi. – New Haven, 1970. – 340 p.
123. Calabresi, G. Property Rules, Liability Rules and Inalienability : One View of the Cathedral / G. Calabresi, D. Melamed // Harvard Law Review. – 1972. – № 85. – P. 1089–1128.
124. Campbell, T. D. Adam Smith and the Economic Analysis of Law / T. D. Campbell // Philosophers of the Scottish Enlightenment / Ed. By V. Hope. – 1984. – P. 133–154.
125. Coase, R. Law and economics at Chicago / R. Coase // Journal of Law and Economics. – 1993. – Vol. 36. – № 1. – P. 239–254.

126. Coase, R. The Nature of the Firm / R. Coase // *Economica*. – 1937. – № 4. – P. 33–55.
127. Coase, R. The Problem of Social Cost / R. Coase // *Journal of Law and Economics*. – 1960. – Vol. 3. – P. 1–44.
128. Cooter, R. Cost of Coase / R. Cooter // *Journal of Legal Studies*. – 1982. – Vol. 11. – P. 1–33.
129. Cooter, R. Economic Analysis in Civil Law Countries: Past, Present, Future / R. Cooter, J. Gordley // *International Review of Law and Economics*. – 1991. – Vol. 11. – № 3. – P. 261–263.
130. Crespi, G. S. Exploring the complicationist Gambit: an Australian approach to the economic analysis of law / G. S. Crespi // *Notre Dame Law Review*. – 1998. – Vol. 73. – № 2. – P. 315–383.
131. De Geest, G. Comment: game theory versus Law and Economics / G. De Geest // *Essays in Law and Economics*. – 1995. – Vol. 2. – P. 287–293.
132. Donohue, J. Some Thoughts on Law and Economics and the Theory of Second Best / J. Donohue // *Chicago-Kent Law Review*. – 1998. – Vol. 73. – P. 257–266.
133. Downs, A. *An Economic Theory of Democracy* / A. Downs. – New York : Harper and Row, 1957.
134. Duxbury, N. *Patterns of American Jurisprudence* / N. Duxbury. – Oxford, 1995. – 530 p.
135. Dworkin, R. Is wealth is value? / R. Dworkin // *The Journal of Legal Studies*. – 1980. – Vol. 9. – № 2. – P. 191–226.
136. Ehrlich, I. The Deterrent Effect of Capital Punishment : A Question of Life or Death / I. Ehrlich // *American Economic Review*. – 1975. – № 65. – P. 397–417.
137. Englard, I. Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint : A Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort / I. Englard // *International Review of Law and Economics*. – 1990. – № 10. – P. 173–191.
138. Friedman, M. The methodology of positive economics / M. Friedman // *Essays in Positive Economics*. – 1966. – P. 3–16, 30–43.

139. Garoupa, N., Ginsburg, T. The Comparative Law and Economics of Judicial Councils / N. Garoupa, T. Ginsburg // *Berkeley Journal of International Law*. – 2009. – Vol. 27. – P. 53–83.
140. Gazal-Ayal, O. Economic Analysis of Law in North America, Europe and Israel / O. Gazal-Ayal // *Review of Law & Economics*. – Vol. 3. – № 2. – P. 485–516.
141. Golecki, M. Economics of law as a jurisprudential theory / M. Golecki // *German Working Papers in Law and Economics*. – 2002. URL : [http://www.econ.jku.at/members/Buchegger/files/Juristen/golecki\\_2002\\_law&econ.pdf](http://www.econ.jku.at/members/Buchegger/files/Juristen/golecki_2002_law&econ.pdf) (дата обращения : 19.01.2015).
142. Gordon, H. S. The Economic Theory of a Common Property Resource : The Fishery / H. S. Gordon // *Journal of Political Economy*. – 1954. – № 62. – P. 124–142.
143. Holmes, O. W. The Path of the Law / O. W. Holmes // *Harvard Law Review*. – 1897. – Vol. 10. – No 8. – P. 457–478.
144. Kaplow, L. Shavell S Fairness versus welfare: notes on the Pareto principle, preferences, and distributive justice / L. Kaplow // *Journal of Legal Studies*. – 2003. – Vol. 32. – P. 331–362.
145. Kenneth, G. Dau-Schmidt, Carmen L. Brun Lost in Translation : The Economic Analysis of Law in the United States and Europe / G. Kenneth // *44 Columbia Journal of Transnational Law*. – 2006. – P. 213. – P. 602–621.
146. Landes, W., Posner, R. The Economic Structure of Tort Law / W. Landes, R. Posner. – Harvard University Press, 1987. – 329 p.
147. Lanneau, R. To What Extent Is the Opposition Between Civil Law and Common Law Relevant for Law and Economics? / R. Lanneau ; Mathis K. (ed.) *Law and Economics in Europe // Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship*. – Dordrecht : Springer Netherlands, 2014. – Vol. 1. – P. 23–46.
148. Leff, A. A. Economic analysis of law: some realism about nominalism / A. A. Leff // *Virginia law review*. – 1974. – Vol. 60. – № 3. – P. 451–482.
149. Leo Editor's Foreword // *Journal of Law, Economics, and Organization*. 1985. – Vol. 1. – P. 3–4.

150. Llewellyn, K. N. The effect of Legal Institution upon economics / K. N. Llewellyn // *American law review*. – 1925. – Vol. 15. – № 4. – P. 665–683.
151. Mackaay, E. Law and Economics for Civil Law Systems / E. Mackaay. – 2013. – 560 p.
152. Mackaay, E. History of Law and Economics / E. Mackaay // *Encyclopedia of Law and Economics* / B. Bouckaert, G. De Geest. – UK, 2000. – P. 65–117.
153. Macaulay, S. Non-contractual relations in business: A preliminary study / S. Macaulay // *American Sociological Review*. – 1963. – Vol. 28 (1). – P. 55–67.
154. Macaulay, S. Renegotiations and Settlements: Dr. Pangloss' Notes on the Margins of David Campbell's Papers / S. Macaulay // *University of Wisconsin Legal Studies Research*. – 2007. – No. 1045. – P. 1–27.
155. Markovits, R. Second Best in Law and Economics: an introduction / R. Markovits // *Chicago-Kent Law Review*. – 1998. – Vol. 73. – P. 3–10.
156. Mattei, U. Comparative Law and economics / U. Mattei. – Ann Arbor : The University of Michigan Press, 1997. – P. 288.
157. Mattei, U. Law and Economics in Civil Law Countries : A Comparative Approach / U. Mattei, R. Pardolesi // *International Review of Law and Economics*. – 1991. – Vol. 11. – Is. 3. – P. 265–275.
158. Mercurio, N. The Jurisprudential niche occupied by law and economics / N. Mercurio // *The Journal Jurisprudence*. – 2009. – P. 61–109.
159. Mercurio, N. Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond / N. Mercurio, S. G. Medema. – Princeton, 2006. – 400 p.
160. Michelman, F. Norms and Normativity in the Economic Theory of Law / F. Michelman // *Minnesota law review*. – 1978. – Vol. 62. – P. 1015–1048.
161. North, D. Economic Performance Through Time / D. North // *Empirical Studies in Institutional Change*. – New York : Cambridge University Press, 1996. – P. 342–355.
162. Ostroumov, S. Variety of Options for the Economic Analysis of Law as a Prerequisite for the Integration of the Methodology of Economic Theory and Jurisprudence / S. Ostroumov, N. Ostroumov, V. Romanovskaya, E. Timofeev // *Mediterranean Journal of Social Sciences*. – 2015. – Vol. 6. – № 6. – P. 115–120.

163. Pargendler, M. Law and economics in civil law world: the case of Brazilian courts / M. Pargendler, B. Salama // Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 471. URL: <http://ssrn.com/abstract=2514577> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2514577> (дата обращения : 22.11.2015).
164. Parisi, F. Positive, normative and functional schools in law and economics / F. Parisi // European Journal of Law and Economics. – 2004. – Vol. 18 (3). – P. 259–272.
165. Pearson, H. Origins of Law and Economics / H. Pearson // The Economists New Science of Law, 1830–1930. – Cambridge, 1997. – 216 p.
166. Plant, A. The Economic Aspects of Copyright in Book / A. Plant // Economica. – 1934. – № 1. – P. 167–195.
167. Plant, A. The New Commerce in Ideas and Intellectual Property / A. Plant. – London : University of London, 1953.
168. Polinsky, M. An introduction to law and economics / M. Polinsky. – 2-d ed. – Boston, 1989.
169. Posner, R. Bentham's influence on law and economics movement / R. Posner // Current Legal Probs. – 1998. – Vol. 51. – P. 425–439.
170. Posner, R. Economic analysis of law / R. Posner. – 4<sup>th</sup> ed. – 1992.
171. Posner, R. Epstein's tort theory: critique / R. Posner // Journal of legal studies. – 1979. – Vol. 8. – P. 457–475.
172. Posner, R. Cost-Benefit Analysis: Definition, Justification, and Comment on Conference Papers / R. Posner // Journal of Legal Studies. – 2000. – Vol 29. – P. 1153–1177.
173. Posner, R. Social norms, social meaning and economic analysis of law : a comment / R. Posner // Journal of Legal Studies. – 1998. – Vol. 27. – № 2. – P. 553–565.
174. Posner, R. The Decline of Law as an Autonomous Discipline : 1962–1987 / R. Posner // 100 Harvard Law Review. – 1987. – P. 761–780.
175. Posner, R. The Economic Approach to Law / R. Posner // Texas Law Review. – 1975. – № 53. – P. 757–782.



176. Posner, R. A. The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication / R. Posner // Hofstra L. Rev. – 1980. – Vol. 8. – P. 487–507.
177. Posner, R. The Future of Law and Economics: A Comment on Ellickson / R. Posner // Chicago-Kent Law Review. – 1989. – Vol. 65. – P. 57–62.
178. Posner, R. The Sociology of the Sociology of Law: A View from Economics / R. Posner // European Journal of Law and Economics. – 1995. – № 2. – P. 263–284.
179. Priest, G. The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules / R. Posner // Journal of Legal Studies. – 1977. – Vol. 6. – P. 65–82.
180. Ramseyer, M. Second-best Justice : The virtues of Japanese private law / M. Ramseyer. – Chicago : The University of Chicago Press, 2015. – 256 p.
181. Ramseyer, M. Law and economics in Japan / M. Ramseyer // University of Illinois law review. – 2011. – Vol. 5. – P. 1455–1474.
182. Richardson, M. The Second Wave in Context / M. Richardson // The Second Wave of Law and Economics / M. Richardson, G. Hadfield (eds.). – Annandale: The Federation Press, 1999. – P. 2–10.
183. Rizzo, M. J. Change in the Common Law : Legal and Economic Considerations / M. J. Rizzo // Journal of Legal Studies. – № 9. – 1980. – P. 189–429.
184. Rizzo, M. J. The Mirage of Efficiency / / M. J. Rizzo // Hofstra Law Review. – № 8 (3). – 1980. – P. 641–658.
185. Rizzo, M. J. Mises and Lakatos: Reformation of Australian methodology / M. J. Rizzo // Method, process and Australian economics (ed. Kirzner I. M.). – Lexington, Massachusetts, Toronto : Lexington books, 1982. – P. 53–74.
186. Rose-Ackermann, S. Inalienability and the theory of property rights / S. Rose-Ackermann // Columbia Law Review. – 1985. – Vol. 85. – № 5. – P. 931–969.
187. Rothbard, M. N. The present state of Austrian economics / M. N. Rothbard // Journal des Economistes et des Etudes Humaines. – 1995. – Vol. 6. – No. 1. – P. 43–89.
188. Round and Round the Bramble Bush : From Legal Realism to Critical Legal Scholarship // Harvard Law Review. – 1982. – Vol. 95. – № 7. – P. 1677.
189. Roundtable The Future of Law and Economics : Looking Forward – Roundtable Discussion // University of Chicago Law Review. – 1997. – Vol. 64. – P. 1132–1165.

190. Rowley, Ch. K. Public Choice and the Economic Analysis of Law / Ch. K. Rowley // Law and Economics. – Boston. – 1989. P. 123–173.
191. Rowley, Ch. K. Wealth Maximization in Normative Law and Economics : a Social Choice Analysis / Ch. K. Rowley // George Mason University Law Review. – 1998. – Vol. 6. – No. 4. – P. 971–976.
192. Schwartzstein, L. A. An Austrian Economic View of Legal Process / L. A. Schwartzstein // Ohio State Law Journal. – 1994. – Vol. 55. – No. 5. – P. 1049–1078.
193. Shavell, S. A note on efficiency vs Disributional Equity in legal rulemaking: Should Distributional equity matter given optimal income taxation? / S. Shavell // American Economic review. – 1981. – Vol. 71. – № 2. – P. 414–418.
194. Stephen, F. The Economics of the Law. Ames / F. Stephen // Iowa State University Press. – 1988. – P. 27–66.
195. Teijl, R. The Impact of the Austrian School on Law and Economics / R. Teijl, R. Holzhauser // Essays in Law and Economics. – 1995. – Vol. 2. – P. 247–265.
196. The Epistemology of Interdisciplinary Relationships. / J. Piaget // Interdisciplinarity : Problems of Teaching and Research in Universities (eds L. Apostel, G. Berger, A. Briggs, G. Michaud). – Paris : Organization for Economic Cooperation and Development, 1972. – P. 127–139.
197. Tiebout, C. M. A Pure Theory of Local Expenditures / C. M. Tiebout // Journal of Political Economy. – 1956. – № 64. – P. 416–424.
198. Theoretical Foundations of Law and Economics / Ed. by M.D. White. – Cambridge University press, 2011. – 304 p.
199. Valcke, C. The French Response to the World Bank's Doing Business Reports / C. Valcke // 60 University of Toronto Law Journal. – 2010. – Vol. 60. – P. 197–217.
200. Veljanovski, C. The Economic Approach to Law : A Critical Introduction / C. Veljanovski // British Journal of Law and Society. – 1980. – Vol. 7. – P. 158–193.
201. Veljanovski, C. The Economics of Law – An Introductory Text / C. Veljanovski. – London : Institute of Economic Affairs, 1990.

202. Veljanovski, C. The economics of law / C. Veljanovski. – The Institute of Economic Affairs, 2006. – 179 p.
203. Williamson, O. The Economic Institutions of Capitalism – Firms, Markets, Relational Contracting / O. Williamson. – New York : The Free Press, 1985.
204. Williamson, O. The Mechanisms of Governance / O. Williamson. – Oxford : Oxford University Press, 1996.
205. Zamir, E. Law, Economics, and Morality / E. Zamir, B. Medina. – Oxford : Oxford University Press, 2010. – 376 p.

**Сравнительная таблица обобщенных познавательных установок учения  
«Law and Economics» и догматической правовой теории**

	<b>Экономический анализ права</b>	<b>Традиционная теория права</b>
1	Подход ex ante (проактивная установка, право как стимул)	Подход ex post (регрессивная установка, право как механизм ответственности)
2	Право – один из целого ряда экзогенных стимулов поведения, который может как влиять, так не влиять на реальное поведение субъектов	Презюмируется автоматическое действие правовых предписаний (автоматический правореализационный процесс)
3	Большая ориентированность на экономическую эффективность	Большая ориентированность на справедливость
4	Консеквенциалистское понимание эффективности (оценка последствий при помощи ценовой теории)	Телеологическое понимание эффективности (оценка соответствия цели)
5	Правовая система – это, в первую очередь, система запретов (информация о «ценах» различных вариантов поведения)	Право рассматривается во всей своей полноте, включая как запреты, так и предписания, дозволения, принципы, декларации, дефиниции и т. д.
6	Взгляд на систему права как бы извне, со стороны	Внутренний анализ права как самоценного объекта изучения
7	Меры ответственности должны быть эффективными (превенция)	Меры ответственности должны быть соразмерными (гуманизм, справедливость)
8	Тенденция к генерализации, обобщениям, поиску общих правил, закономерностей (в т. ч. статистиче-	Концентрация на деталях, казусах, поиске наилучшего решения конкретного случая

	ских), меньшее внимание к частным казусам	
9	«Маржинальный» подход, наилучшим образом срабатывает для анализа приростных изменений в условиях стабильности всех остальных параметров системы	Нейтральный поход, одинаково применим как для переходных (неустойчивых), так и для стабильных систем
10	Эвристический потенциал при реконструкции взаимоотношений среды и права	Эвристический потенциал в изучении права как замкнутой (самостоятельной) системы
11	Преобладание моделирования, прогнозирования	Преобладание дескриптивности
12	Развитие методологии оценки количественных показателей изучаемых явлений (cost benefit analysis)	Первостепенное значение, как правило, имеет оценка качественных характеристик изучаемых явлений
13	Прагматическое представление о человеке как рациональном (или ограниченно рациональном) максимизаторе своей полезности, ориентированном на собственную выгоду	Идеалистическое представление о человеке как субъекте, обладающем полным знанием (в том числе и о действующем праве) и высокими моральными качествами (способность исправления, стремление к этическим идеалам и т. д.)
14	Мультидисциплинарное направление исследований, носящее для юриспруденции важную методологически вспомогательную роль	Комплексная теория юриспруденции