

Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики»
Факультет права

15 ЛЕТ
ФАКУЛЬТЕТ ПРАВА
НИУ ВШЭ

20 лет

ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

НОВЫЕ ПОДХОДЫ

Москва
2012

УДК 34
ББК 67я43
П68

Редакционная коллегия:

к.ю.н., декан факультета права *Салыгин Е.Н.*,
д.ю.н. *Олейник О.М.*, д.ю.н. *Краснов М.А.*,
д.ю.н. *Исаков В.Б.*, к.ю.н. *Прокудина Л.А.*,
к.ю.н. *Маркунцов С.А.*, к.ю.н. *Чеховская С.А.*,
м.н.с. *Жукова Т.С.*

П68 **Правовые исследования: новые подходы.** Сборник статей факультета права НИУ ВШЭ. — М.: Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»: Юридическая фирма «КОНТРАКТ», 2012. — 528 с.

ISBN 978-5-98209-116-1

Настоящий сборник статей подготовлен преподавателями и научными сотрудниками факультета права НИУ ВШЭ, а также юридических факультетов Санкт-Петербургского и Нижегородского филиалов к 20-летию Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» и 15-летию юбилею факультета права.

В нем освещаются актуальные правовые проблемы современной юридической науки. Сборник состоит из нескольких подразделов, посвященных общетеоретическим проблемам права, вопросам качества правового регулирования, публичному экономическому праву, проблемам поиска правового баланса в экономике, а также проблемам модернизации криминологии и изменениям в науке уголовного права, актуальным проблемам в сфере судебной власти и организации правосудия, вопросам правовой защиты интеллектуальной собственности и ответственности в экономическом обороте.

Сборник предназначен для научных работников и преподавателей, аспирантов и студентов, изучающих право и экономику, а также для практикующих специалистов в области права и экономики.

УДК 34
ББК 67я43

© Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», 2012

ISBN 978-5-98209-116-1

СОДЕРЖАНИЕ

<i>Салыгин Е.Н.</i> ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО	7
ПРАВО: ИСКУССТВО ПОИСКА БАЛАНСА ЭКОНОМИЧЕСКИХ ИНТЕРЕСОВ	9
<i>Салыгин Е.Н.</i> МОДЕЛИРОВАНИЕ ПРАВОВОГО ПОВЕДЕНИЯ: ЭКОНОМИЧЕСКИЙ АСПЕКТ	9
<i>Олейник О.М.</i> СВОБОДА ВОЛИ И ОТВЕТСТВЕННОСТЬ В ЭКОНОМИЧЕСКОМ ОБОРОТЕ	29
<i>Юмашев Ю.М., Филимонов К.В.</i> СВОБОДА ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ПОСТОЯННОЙ САМОСТОЯТЕЛЬНОЙ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ (СОПСТЭД) В ПРАВЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА	58
<i>Ерпылева Н.Ю., Клевченкова М.Н.</i> ПРАВОВОЙ СТАТУС АКЦИОНЕРНЫХ ОБЩЕСТВ ВО ФРАНЦИИ	87
<i>Курбатов А.Я.</i> СУЩЕСТВЕННЫЕ УСЛОВИЯ И НЕЗАКЛЮЧЕННОСТЬ ДОГОВОРОВ: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ.....	118
<i>Гетьман-Павлова И.В., Филимонов К.В.</i> МОДИФИКАЦИЯ ПРИНЦИПА НАИБОЛЕЕ ТЕСНОЙ СВЯЗИ В КОНЦЕПЦИИ РАЗВИТИЯ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РФ И РЕГЛАМЕНТЕ ЕС «РИМ I»	131
<i>Селивановский А.С.</i> ОВЛИГАЦИИ С ЗАЛОГОВЫМ ОБЕСПЕЧЕНИЕМ: ПОЧЕМУ ИХ НЕТ	149
<i>Анисимов А.В.</i> ПОНЯТИЕ «ЗАИНТЕРЕСОВАННОСТЬ» В КОРПОРАТИВНОМ ПРАВЕ.....	167

Вступительное слово

мического права. Часть статей сборника посвящена данной теме. Традиционно подняты вопросы различных отраслей российского и международного права, а также теории и истории права. Особое внимание при этом уделено уголовно-правовой политике, от сбалансированности которой в настоящее время зависит развитие предпринимательства, экономики и общества в целом.

Сборник продолжает традицию факультета права издавать работы своих исследователей и, выражаем надежду, будет удостоен пристального внимания ученых и практиков.

Декан факультета права,
кандидат юридических наук, доцент
Е.Н. Салыгин

ПРАВО: ИСКУССТВО ПОИСКА БАЛАНСА ЭКОНОМИЧЕСКИХ ИНТЕРЕСОВ

Салыгин Е.Н.,
кандидат юридических наук,
доцент кафедры теории права
и сравнительного правоведения,
декан факультета права НИУ ВШЭ
(г. Москва)

МОДЕЛИРОВАНИЕ ПРАВОВОГО ПОВЕДЕНИЯ: ЭКОНОМИЧЕСКИЙ АСПЕКТ¹

Моделирование используется в различных областях права. В юридической науке оно выступает в качестве метода познания, опирающегося на построение моделей государственно-правовых явлений и процессов, и обеспечивает научно обоснованные прогнозы будущего, наряду с экспертными оценками, экстраполяцией, сравнительно-правовым и другими методами.

В юридической практике моделирование способствует повышению эффективности юридически значимых действий, начиная от принятия и применения правовых предписаний, завершая выявлением и расследованием преступлений. Так, в правотворчестве оно используется в качестве своеобразного фильтра, предотвращающего создание нецелесообразных и нежизнеспособных правовых актов. При этом во всех случаях моделирование решает, в первую очередь, познавательные, эвристические задачи.

Поэтому в науке под моделированием понимается метод познания, состоящий в изучении предметов, явлений, процессов на основе построения их моделей. «Моделирование, — пишет И.Т. Фролов, — означает материальное или мысленное имитирование реально существующей (натуральной) системы путем специального конструирования аналогов (моделей), в которых воспроизводятся принципы организации и функционирования этой системы»².

Модель отражает лишь те свойства оригинала, которые представляют познавательный интерес. Она в определенной мере упрощает

¹ Статья написана в рамках проекта фундаментальных исследований Национального Исследовательского Университета «Высшая школа экономики». При написании статьи использовалась СПС «Консультант Плюс».

² Фролов И.Т. Гносеологические проблемы моделирования биологических систем // Вопросы философии. 1961. № 2. С. 39.

и схематизирует исходную реальность. Но при этом модель должна отвечать, как минимум, двум требованиям — быть адекватной оригиналу, т.е. точно отражать его наиболее важные системные связи, и универсальной — быть применимой к анализу ряда однородных объектов. В исследованиях по проблемам моделирования отмечается, что моделирование — это «метод опосредованного практического или теоретического оперирования объектом, при котором исследуется непосредственно не сам интересующий нас объект, а используется вспомогательная искусственная или естественная система (“квазиобъект”), находящаяся в определенном объективном соответствии с познаваемым объектом, способная замещать его на определенных этапах познания и дающая при ее исследовании в конечном счете информацию о самом моделируемом объекте»¹.

Избранные в процессе моделирования свойства исходной реальности, представленные в модели, подвергаются системному анализу. Это позволяет понять структуру, функции, характер взаимодействия элементов оригинала, причинно-следственные связи между ними. Исходная модель при этом содержательно обогащается, детализируется. Открываются ранее неизвестные закономерности. В результате познание оригинала становится точнее. Моделирование также служит источником выработки новых теорий, объясняющих окружающую действительность.

Моделирование позволяет не только лучше понять те или иные свойства изучаемого объекта, но и прогнозировать его состояния, управлять им и решать другие прикладные задачи. Модели, обладающие прогностическими свойствами, являются наиболее ценными. С их помощью предсказываются события будущего, предлагаются меры, направленные на достижение желаемого социального результата.

Наиболее важные исследования в области моделирования и прогнозирования были проведены во второй половине XX в. Факторами, вызвавшими существенный рост и интенсивность теоретических разработок, стали новые направления науки — кибернетика, теория систем, а также широкое использование математических методов при обработке результатов познавательной деятельности — «математизация знания». Применительно к социальной сфере моделирование и прогнозирование рассматривались как элементы социальной технологии (социального проектирования), необходимые для научного управления общественными процессами. В этот период сформировалось новое направление в области знаний — прогностика —

¹ Новик И.Б. О моделировании сложных систем (философский очерк). М.: Мысль, 1965. С. 42.

наука о законах и способах прогнозирования. Прогностика стала использоваться в различных гуманитарных и социальных науках, включая право.

В советский период теоретико-правовые исследования в области прогнозирования и моделирования правового поведения концентрировались, главным образом, вокруг проблемы эффективности права. Исследователи, наряду с оцениванием результативности воздействия права на общественные отношения, анализировали степень реализации целей правового воздействия и сопоставляли прогнозируемые цели с полученным результатом. Несмотря на то что лишь в отдельных случаях правовое моделирование становилось самостоятельным предметом исследования¹, в юридической науке были созданы концептуальные модели генезиса правового и отклоняющегося поведения (В.Н. Кудрявцев, В.П. Казимирчук), механизма действия правовой нормы (О.А. Гаврилов), эффективности правовых норм (В.И. Никитинский, Ю.А. Тихомиров). Значительное количество моделей преступного поведения создано криминологами и криминалистами. Важную роль в последнем случае сыграло наличие достаточно развитой системы уголовно-правовой статистики.

В современной литературе не существует претендующего на универсальность определения правового моделирования. Дефиниции в основном носят локальный, инструментальный характер. Действительно, сложно объединить в одном определении, например, создание муляжа орудия преступления и модели поведения профессиональных коллекторов. А если это попытаться сделать, то определение будет очень абстрактным. В настоящей работе предпринимается попытка осветить лишь некоторые методологические вопросы, возникающие при создании моделей возможного (прогнозируемого) индивидуального поведения участников общественных отношений, регулируемых правом. Это моделируемое правовое поведение может как соответствовать, так и противоречить правовым нормам, а также выходить за пределы правового регулирования.

Научный подход к моделированию правового поведения предполагает детальный анализ его составляющих, что влечет за собой выделение объекта, предмета и источников моделирования правового поведения. Термин «источники моделирования правового поведения» обозначает правовые решения — нормативные или индивидуальные правовые предписания, реализация которых моделируется. По источникам можно различать моделирование действия правовой

См.: Леванский В.А. Моделирование в социально-правовых исследованиях. М.: Наука, 1986; Сырых В.М. Прогнозирование эффективности норм права на стадии их разработки: Труды ВНИИСЗ. Вып. 36. М., 1987.

нормы, группы правовых норм, института, субинститута права, индивидуального правового предписания. Под объектом моделирования правового поведения понимается определенная часть действительности (ее сфера), в которой будет реализовано моделируемое правовое поведение. Иными словами, объект моделирования правового поведения — это сфера общественных отношений, в которой предстоит реализовываться моделируемым правовым предписанием. Это может быть судебная система, отношения собственности, порядок создания и регистрации некоммерческих организаций и т.п. В таком понимании объект моделирования правовых предписаний совпадает с предметом правового регулирования последних.

В юриспруденции категория «предмет правового регулирования» используется, главным образом, для разграничения отраслей, подотраслей и институтов права. Она не занимает центрального места в научном юридическом дискурсе и уступает по значимости проблемам структуры, системы, источников, функций права, так как главенствующими в юриспруденции являются формально-юридический, системный, структурно-функциональный и другие методы, не предоставляющие инструментария для анализа социальной среды действия права. Да и этого в общем-то не нужно, так как есть социология права и экономический анализ права, психология и другие науки, более пригодные для содержательного анализа социальных факторов, обуславливающих формирование и действие права. Они-то и используются в правовом моделировании и задают контуры его объекта. Поэтому, формально совпадая, категории «объект правового моделирования» и «предмет правового регулирования» содержательно различаются.

В общественных отношениях, являющихся объектом правового моделирования, участвует, как правило, несколько групп субъектов. Во-первых, это непосредственные адресаты моделируемых правовых предписаний, которых можно для определенности назвать акторами. Во-вторых, это субъекты, с которыми акторы для достижения своих интересов должны вступать во взаимодействие, — контрагенты. В-третьих, это органы, контролирующие выполнение моделируемых правовых предписаний, — гаранты. В-четвертых, это иные участники. Для разных моделируемых правовых норм участники могут выступать в разных ролях: для одной нормы субъект может быть гарантом, для другой он уже выступает в качестве актора и т.п.

Предметом моделирования правового поведения является поведение акторов — непосредственных адресатов правовых норм. Поведение акторов — это их взаимодействия друг с другом и с иными субъектами, протекающие в определенных направлениях. Эти на-

правления, которые также можно назвать алгоритмами поведения, внешне (формально) предзаданы правом, а внутренне (содержательно) обусловлены экономическими, социальными, политическими и другими условиями общественной жизни. Главная задача — выявить алгоритмы взаимодействия акторов, установить степень вероятности протекания этих взаимодействий по тем или иным направлениям.

Моделирование правового поведения предшествует вступлению в силу правовых решений (прогнозное моделирование), т.е. осуществляется *ex ante*. Однако резонно предположить, что оно может осуществляться и в период их действия (*ex post*) для лучшего понимания и коррекции правоприменительной практики. Ценность прогнозного моделирования правового поведения заключается в том, что оно позволяет проверять различные варианты управленческих решений, не подвергая опасности сами управляемые системы, способствуя выработке оптимальных по содержанию правовых актов. В идеале такое моделирование должно предшествовать принятию каждого нормативного правового акта, что должно найти соответствующее официальное закрепление.

Правовое моделирование может выполняться различными субъектами: органами государственной власти и органами местного самоуправления, негосударственными организациями: НКО, аналитическими центрами и др. Органы публичной власти и негосударственные организации, скорее всего, могут выступать в качестве заказчиков на проведение правового моделирования. Реальными же исполнителями должны быть экспертные и научно-образовательные структуры, в которых моделированием на профессиональной основе занимаются специалисты.

Моделирование правового поведения должно опираться на определенные принципы. В качестве универсальных можно выделить следующие: научности, профессионализма, полноты, открытости, ресурсной обеспеченности.

Сегодня моделирование в праве приобретает все большую актуальность. Наиболее перспективные наработки в области проблем моделирования правового поведения наблюдаются в рамках нескольких относительно обособленных направлений. Первое направление — это традиционные исследования в сфере эффективности права, а в последнее время — и в области правового мониторинга — системы комплексной оценки подготовки, принятия и прогнозирования действия нормативных правовых актов¹. Второе направле-

¹ См.: Арзамасов Ю.Г., Наконечный Я.Е. Мониторинг в правотворчестве: теория и методология. М., 2009; Правовой мониторинг: актуальные проблемы теории и практики: монография / под ред. Н.Н. Черногора. М., 2010; Правовой мониторинг.

ние — это теория рационального выбора (ТРВ). Сформировавшись в рамках экономики, она получила признание и стала плодотворно использоваться в социальных науках, где проблема выбора также относится к числу фундаментальных. В политологии и социологии сформировалась теория общественного выбора, в истории — клиометрия. Частью ТРВ является теория игр, использующая математический анализ стратегий взаимодействия участников игры. На ее основе в настоящее время вырабатывается теоретико-игровой подход в праве¹.

Во многом опирается на экономический инструментальный анализ поведения третье направление — оценивание регулирующего воздействия (ОРВ), сформировавшееся в западной науке и активно используемое в практике многих стран ОЭСР. Существует большое количество зарубежной литературы по ОРВ, а также богатая практика применения этой методики в развитых странах. С недавнего времени в Минэкономразвития России функционирует Департамент оценки регулирующего воздействия. ОРВ осуществляется по методике, насчитывающей сотни страниц, посвященных проведению социологических обследований, технологии подсчета экономических результатов вступления в силу нормативного правового акта, кейсам, а также информационным ресурсам по ОРВ. Его цель — выявить в тексте проектов нормативных правовых актов положения, которые:

а) вводят избыточные административные и иные ограничения и обязанности для субъектов предпринимательской и иной деятельности или способствуют их введению;

б) способствуют возникновению необоснованных расходов субъектов предпринимательской и иной деятельности;

в) способствуют возникновению необоснованных расходов бюджетов всех уровней бюджетной системы Российской Федерации. В процессе ОРВ, таким образом, моделируются не все последствия вступления в силу нормативного правового акта, а только лишь те, которые имеют значение для указанной цели. Поэтому моделирование в ОРВ носит избирательный характер, ориентировано на экономические последствия. Перед специалистом ОРВ стоит задача — смоделировать, каким образом будет действовать тот или иной акт, — а главным образом решить, как он «впишется» в предустановленную систему приоритетов экономической политики государства.

научно-практическое пособие / под ред. Ю.А. Тихомирова, Д.Б. Горохова. М., 2009; Тихомиров Ю.А. Правовое регулирование: теория и практика. М., 2010; Эффективность законодательства в экономической сфере: научно-практическое исследование / отв. ред. проф. Ю.А. Тихомиров. М., 2010.

¹ См.: Дегтярев Д.А. Теоретико-игровой подход в праве. М.: ЛЕНАД, 2011.

Элементы технологии правового моделирования можно встретить в методиках, используемых при анализе нормативных правовых актов на коррупциогенность. Наиболее известная в настоящее время методика антикоррупционной экспертизы законодательства была разработана в начале 2000-х гг. экспертами в Центре стратегических разработок. В последующем она стала использоваться Комиссией по противодействию коррупции Государственной Думы и легла в основу официальной Методики проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов и иных документов в целях выявления в них положений, способствующих созданию условий для проявления коррупции, утв. постановлением Правительства РФ от 5 марта 2009 г. № 196¹. Появление Методики и закрепление за Министерством юстиции и Генеральной прокуратурой обязанности осуществлять экспертизу проектов нормативных правовых актов следует рассматривать как важный шаг на пути повышения качества правового регулирования.

В то же время у Методики имеются очевидные минусы, главным из которых является упрощение антикоррупционного анализа. Он сводится к поиску т.н. коррупциогенных факторов, многие из которых определены текстуально. Предполагается, что, по сути, любой человек средних способностей, не обязательно имеющий высшее юридическое образование (Методика рассчитана на сотрудников юридических и иных служб органов государственной власти и органов местного самоуправления, работников правоохранительных органов, активистов гражданского общества), по текстуальным совпадениям проекта закона и Методики сможет обнаружить коррупционный нормативно-правовой риск, а возможно, и предложить альтернативные, не коррупциогенные формулировки. Однако коррупционная составляющая может скрываться как за всей целостностью нормативного правового акта, так и за теми его частями, которые с помощью Методики не обнаруживаются. В таких случаях сложно ожидать успешных результатов экспертизы. Да и сами коррупциогенные формулировки далеко не всегда однозначно свидетельствуют о коррупционной составляющей акта.

Для более эффективного противодействия коррупционным нормативно-правовым рискам требуется системный, всесторонний анализ, учитывающий в том числе экономические аспекты поведения. Представляется, что существенную пользу в этом отношении могли бы принести наработки в области теории рационального выбора. В любом случае необходимость давать более четкие прогнозы реализации принимаемых правовых актов не могут не привести юристов

¹ СЗ РФ. 2009. № 10. Ст. 1241. Документ утратил силу.

к необходимости активно использовать знания экономики, а также социологии и психологии в области человеческого поведения. Поле для исследований очень широко. Попытаемся наметить основные направления моделирования правового поведения в свете экономического анализа.

В моделировании правового поведения ключевую роль играет поведенческий фактор. Он должен приниматься в расчет как при анализе реализации правовых решений, так и при исследовании условий их создания. Полагаем, что в правовом поведении преобладают мотивы и иные побудительные причины, в значительной мере получившие объяснение в экономике. Особенностью экономического объяснения поведения людей является попытка охватить все многообразие человеческой деятельности. Общепринятым является подход Л. Роббинса, который определил, что центральной проблемой экономической науки является распределение редко встречающихся ресурсов (которых не хватает для удовлетворения потребностей) между альтернативными целями. Л. Роббинс рассматривал экономику вне всякого конкретного социального содержания. Экономическая теория — это наука, изучающая человеческое поведение с точки зрения соотношения между целями и ограниченными средствами, которые могут иметь иное употребление. Она, по его мнению, является одним из разделов некой всеобщей науки о рациональной деятельности¹. С развитием экономической науки формировались различные подходы к пониманию человеческого поведения. Рабочие модели «экономического человека» имелись у меркантилистов, А. Смита, Д. Рикардо, Дж.С. Милля, К. Маркса, у маржиналистов, Дж.М. Кейнса и других ученых².

Важнейшей основой современной экономической теории является методологический индивидуализм. Экономические, социальные, политические и другие процессы объясняются исходя из индивидуальных поведенческих актов. Общество, государство, институты, организации — не самостоятельные образования, а результат действий отдельных людей, отличающихся при этом различными представлениями, потребностями, целями.

Следующей отправной точкой всех экономических подходов является представление о человеке как о рациональном максимизаторе. Человек находится в ситуации ограниченной доступности благ.

Он не может удовлетворить все свои потребности и поэтому вынужден делать выбор. Человеческое поведение целенаправленно, оно устремлено к наилучшему удовлетворению потребностей, когда из известных вариантов выбирается тот, который в наибольшей мере отвечает предпочтениям индивида. Даже если он преследует альтруистические цели, то такое поведение оказывается для него в определенной мере выгодным. Действуя в рамках группы, индивид заботится не столько об интересах группы, сколько о своих собственных интересах.

В соответствии с теорией ограниченной рациональности сфера применения максимизации ограничена рядом факторов, среди которых выделяются несовершенство информации, нехватка времени, издержки, связанные с принятием решений. Поэтому разумный выбор определяется не получением максимальной выгоды, а достижением удовлетворительного результата. Это подтверждается исследованиями психологов: побуждение к действию возникает вследствие неудовлетворенных стремлений и исчезает после их удовлетворения. Современная модель экономического человека, описанная экономистами К. Бруннером и У. Меклингом, получила название *REMM* — «*Resourceful, Evaluating, Maximizing Man*» (изобретательный, оценивающий, максимизирующий человек). В научной литературе используется также усложненная модификация этой модели — *RREEMM*, что означает «изобретательный, испытывающий ограничения, имеющий ожидания, оценивающий, максимизирующий человек» (*Resourceful, Restricted, Expecting, Evaluating, Maximizing Man*).

Важные закономерности индивидуального поведения к данной модели добавляет институциональная экономика. В сфере принятия экономических решений и экономического поведения в целом институционализм придает основное значение институтам. Правила и санкции, составляющие основу институтов, с одной стороны, помогают человеку руководствоваться в условиях ограниченной рациональности (правила), с другой стороны, устанавливают границы его возможностей максимизировать полезность (санкции).

Ключевыми для современной институциональной теории являются понятия «транзакция» и «транзакционные издержки». Транзакция представляет собой взаимодействие людей по поводу присвоения и отчуждения прав собственности и свобод, принятых в обществе, обусловленное правилами и поддерживающими их механизмами¹. Транзакционные издержки — это затраты, возникающие в процессе присвоения или отчуждения прав собственности и свобод. Они сви-

¹ См.: Роббинс Лайонел. Предмет экономической науки // THESIS: теория и история экономических и социальных институтов и систем. Предмет исследования. Начала-пресс. Зима 1993. Т. 1. Вып. 1. С. 10–23.

² См.: Автономов В.С. Человек в зеркале экономической истории (Очерк истории западной экономической мысли). М.: Наука, 1993; Шаститко А.Е. Модели человека в экономической теории: учебное пособие. М., ИНФРА-М, 2011.

¹ См.: Шаститко А.Е. Новая институциональная экономическая теория. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Экономический факультет МГУ. ТЕИС. 2002. С. 188.

детельствуют о том, что взаимодействие экономических агентов приводит к потерям, которые необходимо учитывать. Успешность функционирования института, его эффективность будут определяться соотношением издержек и выгод всех тех, кто так или иначе с институтом связан.

В моделировании правового поведения следует учитывать, как минимум, два рода издержек: 1) издержки введения института (финансовая, организационная, кадровая и т.п. обеспеченность); 2) издержки агентов, связанные с выполнением институциональных правил. Низкий уровень издержек и относительно предсказуемая выгода агентов предопределяют высокий уровень реализации и эффективности институтов и наоборот.

Институциональная теория также уделяет внимание феномену, который получил название «оппортунистическое поведение». Оно характеризуется тем, что индивид стремится получить одностороннюю выгоду за счет контрагента, уклоняясь от выполнения обязательств. В отличие от классического экономического подхода, предполагающего, что человек, преследуя собственные цели, не обманывает контрагентов, так как обман невыгоден, — за него следует наказание, издержки которого равны нулю, институциональная теория исходит из того, что человек, преследуя выгоду, использует все доступные средства, включая ложь, коварство, воровство. Никто из экономических агентов не может быть уверенным до конца, что партнер не уклонится от выполнения условий договора или не применит иные способы выигрыша за чужой счет.

Сближение экономики с социальными науками позволило не только вывести исследователей за рамки «чистой» рациональности, но и принять в расчет социологические и психологические факторы, сравнить экономическую модель поведения с другими.

Главной чертой социологической модели человека является отказ от методологического индивидуализма в пользу плюрализма с преобладанием в объяснении поведения людей главенствующей роли социальных институтов. «Человек социологический» подчиняется общественным нормам и альтруистичен, ведет себя иррационально и непоследовательно, слабо информирован и не способен к калькуляции выгод и издержек¹. Модель социологического человека предложена С. Линденбергом. По его мнению, это «человек социализированный, исполняющий роли, поведение которого санкционировано обществом» (*Socialized, Role — Playing, Sanctioned Man, или модель SRSM*). Общество структурировано в виде множества ролей,

и индивиды приспособляются к конкретным ролям с социально детерминированными характеристиками и обязанностями. *SRSM* не является изобретательным и подчиняется лишь ограничениям, заданным санкциями и ролевыми ожиданиями. Фактор редкости оказывает лишь косвенное воздействие на модель *SRSM*, поэтому выбор исключается, и, таким образом, ничто не максимизируется. Объясняя соотношение и существенную разницу между *REMM* и *SRSM*, Линденберг утверждает, что модель *SRSM* годится для описания стационарного общества, однако она не способна объяснить явления, вызванные изменениями условий жизнедеятельности общества. Стационарное общество не обнаруживает изобретательности, способности к осуществлению выбора, его потенциал остается нереализованным и, вероятно, ограничивается достигшимися в наследство институтами. Однако этот факт не означает, что изобретательность и выбор отсутствуют, они просто не используются¹.

К. Бруннер, сравнивая модель *REMM* с социологическими моделями, приходит к выводу, что она обладает наибольшей обобщающей способностью и обеспечивает единый подход для социальных наук. Он также связывает экономическую и социологическую модели человека с разными типами общества. Если первая модель преуспевает в динамичных, быстро изменяющихся условиях, то вторая выживает в стационарной среде, где общество награждает своих членов за исполнение той или иной роли и наказывает за любые отклонения от «сценария».

Учет психологических факторов в экономической модели поведения человека обнаруживается, как уже было сказано ранее, при обосновании ограниченной рациональности. Но более ярко это проявилось в таком направлении исследований, как поведенческая экономика (*behavioral economics*), делающая акцент не на рациональности решения, а на рациональности процедуры его принятия. В сфере юриспруденции поведенческая экономика лучше всего проявила себя в исследованиях проблем принятия решений судьями и присяжными заседателями. Многие эксперименты продемонстрировали, что люди отнюдь не склонны поступать в соответствии с предписаниями экономики и часто демонстрируют склонность к абсолютно нерациональному поведению. Экономическая модель рационального выбора дает неточный прогноз. Причиной является когнитивные и мотивационные факторы. Из этого не следует, что человеческое поведение непредсказуемо, систематически иррационально и не под-

¹ См.: Радаев В.В. Экономическая социология: Курс лекций: учебное пособие. М.: Аспект Пресс, 1998. С. 55.

¹ См.: *Lindenberg S. An Assessment of the New Political Economy: Its Potential for the Social Sciences and for Sociology in Particular // Sociological Theory, Spring 1985. P. 99–113.*

чиняется правилам, неизвестным для ученых. Наоборот, отраженные в исследованиях факторы могут быть описаны, а их действие даже смоделировано. Общий вывод исследований в области поведенческой экономики может быть таков: «человек экономический» не совершенен, но вполне способен к самосовершенствованию.

Для прогнозного моделирования правового поведения универсальной платформой может стать модель экономического человека *RREMM*, основывающаяся на методологическом индивидуализме, рационализме и максимизации полезности, учитывающая при этом результаты исследований в области институциональной и поведенческой экономики.

Моделирование поведения субъектов права в юридически значимых обстоятельствах предполагает не только понимание того, каким образом акторы, контрагенты, гаранты и другие участники регулируемых правом общественных отношений будут реагировать на те или иные правовые предписания, но и знание социальных структур, в которых эти предписания реализуются. Построение соответствующей модели должно основываться на системном подходе, подразумевающем взаимное действие и взаимную обусловленность норм права, а также их связь в воздействии на поведение людей с иными социальными факторами. Такой комплексный характер связей норм права выражает категория «институт», разработанная социологией и экономикой.

По мнению одного из самых известных представителей неоинституционализма Д. Норта, любой институт — экономический, социальный, культурный — это различные правила игры, дополненные механизмами принуждения. «Институты, — пишет Норт, — включают в себя как формальные правила и неформальные ограничения (общепризнанные нормы поведения, достигнутые соглашения, внутренние ограничения деятельности), так и определенные характеристики принуждения к выполнению тех и других»¹. Право, рассчитанное на регулирование социально значимых общественных отношений, которые несут устойчивый, повторяющийся характер, всегда в качестве предмета регулирования имеет какой-либо общественный институт или его часть. Именно поэтому моделирование правового поведения возможно только в институциональной перспективе. А это, в свою очередь, ставит ряд новых исследовательских задач: выяснение роли неформальных правил и обеспечительных механизмов, институциональной среды в правовом поведении; учет в правотворчестве принципов институционального проектирования и др.

¹ Норт Д. Институциональные изменения: рамки анализа // Вопросы экономики. 1997. № 3.

В любом институте можно проследить взаимодействие формальных и неформальных правил и обеспечительных механизмов. Они восполняют пробелы нормативно-правового регулирования, обеспечивают полноту и устойчивость институту, но могут и противоречить формальным нормам. Группа устойчивых, повторяющихся общественных отношений, существующих вне, а во многих случаях и вопреки формальным правовым предписаниям, в экономической науке получила название «неформальная практика». Неформальная практика существует с тех пор, когда возникли формальные предписания. Предметом изучения общественных наук она стала сравнительно недавно. Особую роль при этом сыграли исследования так называемого неформального сектора экономики английского социолога К. Харта и перуанского экономиста Э. Де Сото. Со временем экономисты стали употреблять более подходящие для раскрытия неформальных экономических отношений термины — «неформальная экономика», «теневая экономика», изменившие акценты в их восприятии в сторону констатации их повсеместного распространения и устойчивости.

В начале 2010 г. руководитель Федеральной службы государственной статистики Александр Суринов в интервью «Российской газете» оценил уровень теневой экономики России в 20%. При этом он включил в нее пять «проблемных областей ненаблюдаемой экономики»: 1) производство товаров и услуг, которые запрещены к производству и реализации на территории страны; 2) скрытое производство, при котором скрываются его размеры, чтобы уйти или от налогов или от других обязательств; 3) неформальная деятельность, при которой получение дохода и сам доход не регистрируются; 4) личные подсобные хозяйства населения плюс все, что производится внутри семьи для себя; 5) все, что связано со слабостью статистических наблюдений¹.

Фактор неформальных правил и теневой экономики в целом существенно влияет на моделирование правового поведения. При прогнозировании реализации правовых норм и институтов во внимание в обязательном порядке следует брать возможность развития неформальных практик в обход формальным правилам. Если трансакционные издержки следования формальным нормам выше издержек следования нормам неформальным, то экономические агенты будут уклоняться от выполнения первых и стремиться действовать неформально. Ярким примером может служить увеличение в 2011 г. ставок страховых взносов с 26 до 34%. Предполагалось, что сборы окажутся выше, а оказалось все наоборот. Работодатели стали выводить фонд оплаты труда из-под налогообложения в теневой сектор и малый бизнес. В итоге сократилась доля фонда оплаты труда, с которой пла-

¹ Российская газета. Федеральный выпуск. 2010. 15 янв.

тятся взносы, а вместе с ней уменьшилась и сумма налога на доходы физических лиц. По мнению экспертов, в общей сложности потери государства составили 780 млрд руб., или 1,45% ВВП. Вместо роста поступлений в соцфонды Правительство добилось возврата бизнеса к серым схемам.

Во многих случаях неформальные правила создают у акторов и других субъектов стимулы, несовместимые со следованием формальным нормам, в результате чего последние не могут обеспечить ожидаемые результаты. Обобщая результаты, полученные в процессе реализации трехлетнего проекта Фонда ИНДЕМ «Судебная реформа в России: институционально-социетальный анализ трансформации, ревизия результатов, определение перспектив» Г.А. Сатаров в статье «Формальные и неформальные аспекты в процессе трансформации судебной власти» констатирует, что в России неформальные нормы регулируют более широкую сферу отношений, чем формальные правила. При этом между ними наблюдается разрыв. Вместе с изменениями неформальных отношений, выражающихся в укреплении установок граждан обращаться в суд для защиты своих прав и интересов, некоторые старые неформальные нормы и практики искажают функционирование судебной власти, действуют вопреки формальным нормам.

Высокое качество формальных норм обесценивается влиянием прочих факторов¹. Одним из таких негативных факторов является воспроизводство традиционно советских поведенческих типов, выражающихся в подыгрывании власти, соглашательстве с органами и лицами, ее представляющими, что нередко выражается в обвинительном уклоне, практике «телефонного права», совместных консультациях судей, прокуроров, представителей МВД и других силовых ведомств для выработки общих позиций по определенной категории дел. Данные образцы поведения являются, в свою очередь, следствием длительного приспособления к жестко централизованной, патерналистской и репрессивной государственной власти, не оставляющей места для свободного морального выбора и личной ответственности.

Институты должны рассматриваться, в свою очередь, также в более широкой перспективе — как элементы институциональной среды, задающей типологические свойства общества. Эти свойства российского общества, по нашему мнению, отражены в ряде современных работ. Одна из них — книга Д. Норта, Б. Вайнгаста и Дж. Уоллиса «Насилие и социальные порядки. Концептуальные рамки для интер-

претации письменной истории человечества»¹. По мнению авторов, в истории человечества насчитывается три вида социальных порядков: 1) примитивный, характерный для малых социальных групп обществ охотников и собирателей; 2) ограниченного доступа, или естественное государство, в котором личные отношения внутри властной элиты составляют основу социальной организации; 3) открытого доступа, где личные отношения все еще значимы, однако идентичность начинает определяться как набор безличных характеристик.

Россия, как и практически все развивающиеся страны, относится к естественному государству. В нем власть принадлежит господствующей коалиции, члены которой извлекают из своего политического лидерства экономические дивиденды. Рента извлекается через создание (подчинение), приносящих доход организаций, пользующихся поддержкой государства. Зависимость организаций элит, входящих в коалицию, от государственных привилегий обеспечивает внутрикоалиционный и общественный порядок. В государстве же открытого доступа контроль над политической системой открыт для любой группы и оспаривается посредством конституционно-правовых механизмов. Важнейшим отличительным признаком государства открытого доступа является безличный характер отношений. Все индивиды обладают равным правом на формирование организаций. В экономике и политике вместо механизмов привилегий и ренты действует конкуренция, что оказывается эффективно в долгосрочном реагировании на изменения среды. Схожие типологические особенности современного российского общества отмечались исследователями и ранее. Можно упомянуть работы Ю. А. Левады и Л. Д. Гудкова, описывающих Россию как периферийное по отношению к Западу, отсталое и полузакрытое общество, не желающее расстаться с собственным традиционализмом, остающееся при всех трансформациях внешних форм «вертикально» интегрированным, воспроизводящим по инерции традиционные поведенческие типы, охрану которых осуществляют рудиментарные военные и карательные институты².

В любом государстве имеются влиятельные группы, способные обеспечивать принятие выгодных для них политических решений. В естественном государстве фактор лоббизма выражен значительно интенсивнее. В нем функционирование правовых институтов, большинство из которых носят универсальный характер и встречаются

¹ См.: Право и правоприменение в России: междисциплинарные исследования / под ред. В.В. Волкова. М.: Статут, 2011. С. 145–148.

¹ Норт Д., Уоллис Д., Вайнгаст Б. Насилие и социальные порядки. Концептуальные рамки для интерпретации письменной истории человечества: пер. с англ. Д. Узланера, М. Маркова, Д. Раскова, А. Расковой. М.: Изд. Института Гайдара, 2011.

² См.: Левада Ю.А. Ищем человека: Социологические очерки, 2000–2005. М.: Новое издательство, 2006. С. 276; Гудков Л.Д. Абортивная модернизация. М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2011.

повсеместно в различных национальных правовых системах, во многом зависит от целей и потребностей представителей правящей коалиции. Моделирование правового поведения должно учитывать, таким образом, цели и интересы лоббирующих их групп — выгодоприобретателей норм и правовых институтов. Правовые нормы не станут работать в полной мере, если не будут вписаны в функциональные связи институтов, не будут опираться на интересы влиятельных властных групп. Норт в этой связи отмечает: «Институты не обязательно — и даже далеко не всегда — создаются для того, чтобы быть социально эффективными; институты или, по крайней мере, формальные правила создаются скорее для того, чтобы служить интересам тех, кто занимает позиции, позволяющие влиять на формирование новых правил»¹.

Описав некоторые методологические подходы к моделированию правового поведения, в заключение хотелось бы предложить опирающуюся на эти методологические установки технологию моделирования. Любая технология включает в себя последовательное прохождение определенных стадий и решение на каждой из них определенных задач. В.А. Леванским процесс моделирования структурируется следующим образом: постановка проблем моделирования, создание модели, исследование и коррекция модели². Моделирование правового поведения, являясь по своей сути управленческой деятельностью, подразумевает следование общей логике принятия решений. Предложенные В.А. Леванским этапы правового моделирования во многом этой логике соответствуют и могут использоваться в качестве отправных для разработки технологии моделирования правового поведения. С необходимыми дополнениями технология моделирования правового поведения может выглядеть следующим образом.

1. Подготовительный этап. В ходе подготовки к моделированию решаются следующие задачи:

— определяется круг субъектов, которые будут заниматься моделированием, определяются цели и задачи их деятельности, их функции, права и обязанности. Происходит юридическое оформление отношений заказчика и исполнителя моделирования. Субъекты моделирования прежде всего должны обладать необходимой профессиональной квалификацией. Лучшим вариантом является наличие в экспертной группе юристов, экономистов, социологов. Желательным является наличие у экспертов опыта работы в той сфере, которая подлежит правовому регулированию;

- решаются вопросы ресурсного обеспечения;
- разрабатывается план (программа) моделирования.

2. Постановка проблем моделирования. На этом этапе важно адекватно истолковать и описать проблемную ситуацию и решить следующие задачи:

- выбрать методологические подходы, применимые теории;
- определить объект моделирования;
- проанализировать институциональные связи объекта правового моделирования, степень соответствия вводимых правил институциональной среде, взаимовлияние вводимых правил и институциональной среды, их связь с интересами правящей коалиции и иных властных группировок.

3. Определение целей, задач и предмета правового моделирования. На данном этапе решаются следующие задачи:

- ставятся цели и задачи правового моделирования;
- определяются акторы (адресаты моделируемых правовых норм), их цели и интересы;
- определяются и оцениваются алгоритмы взаимодействия акторов и иных участников общественных отношений, на которые направлено правовое регулирование;
- определяются и оцениваются средства и методы воздействия на поведение акторов в целях изменения отклоняющегося поведения (механизмы принуждения акторов к следованию алгоритмам);
- устанавливается круг гарантов, обладающих правом применять средства воздействия на поведение акторов, их полномочия и интересы, оцениваются ресурсные (финансовые, организационно-властные, идеологические и т.п.) возможности реализации моделируемых правовых норм;
- выявляются правовые акты, которые будут приняты в будущем в развитие анализируемого акта, устанавливаются направления изменений объекта и предмета правового моделирования.

4. Создание концептуальной модели. Концептуальная модель включает все существенные свойства объекта и предмета правового моделирования, которые необходимы и достаточны для решения поставленных задач, в том числе для выдвижения и проверки прогностических гипотез. На этой стадии решаются следующие задачи:

- выдвигаются исходные гипотезы, устанавливаются переменные, существенным образом влияющие на развитие моделируемых событий. Рабочая гипотеза включает возможные варианты будущего состояния, динамику развития объекта моделирования. Она основывается на оценке и анализе факторов, влияющих на объект моде-

¹ Норт Д. Институты, институциональные изменения и функционирование экономики: пер. с англ. А.Н. Нестеренко. Предисловие и научное редактирование Б.З. Мильнера. М.: Фонд экономической книги «НАЧАЛА», 1997. С. 33.

² См.: Леванский В.А. Указ соч. С. 48.

лирования. Эти факторы могут быть как экономическими, так и политическими, социальными, правовыми; могут носить устойчивый, постоянный характер или быть временными. Представляется, что моделирование незначительных изменений устоявшихся отношений и институтов будет обладать большей степенью достоверности, чем моделирование новых поведенческих образцов;

— разрабатываются основные и альтернативные прогнозы (сценарии) развития предмета правового моделирования;

— рассчитываются выгоды и издержки участников моделируемых событий, главным образом, акторов, а также их контрагентов, гарантов правил.

В ОРВ распространены три метода оценивания выгод и затрат:

- 1) сравнение издержек и выгод (*Cost-Benefit analysis*);
- 2) анализ эффективности затрат (*Cost-effectiveness analysis*);
- 3) мультикритериальный анализ (*Multi-criteria analysis*).

Для целей моделирования в этом отношении применимы первый и последний, так как метод анализа эффективности затрат преследует несколько иные цели, чем прогнозирование поведения субъектов. Метод сравнения выгод и издержек эффективнее применять, когда затраты и выгоды можно представить в денежном выражении. Тогда, вычитая из суммы выгод сумму издержек по каждому направлению взаимодействия акторов и других субъектов, можно выбрать вариант с наибольшими выгодами. Каждому значению издержек и выгод могут быть приписаны баллы. Окончательный учет издержек и выгод осуществляется на основе полученных количественных значений. В подавляющем большинстве случаев представить все издержки и выгоды в денежном выражении или хотя бы в единообразных измерителях очень сложно. Поэтому следует использовать комплексный (мультикритериальный) подход, так как в правовом моделировании ожидаемые эффекты от реализации норм права, как правило, разноплановы. Следует понимать, что комплексный анализ — очень трудоемкое и дорогостоящее мероприятие, так как для точных расчетов требуются дополнительные, иногда неоправданно высокие затраты;

— исследуются транзакционные издержки, выбираются варианты поведения, ведущие в наилучшей степени к максимизации полезности акторов, контрагентов, гарантов правил, оцениваются возможности оппортунистического поведения.

5. Создание информационной модели правового поведения. На этом этапе происходит доработка концептуальной модели на основе привлечения значительного объема информации. Концептуальная модель структурируется и уточняется. Понятия, используемые при

ее описании, операционализируются, формируется информационная модель. На основе ее анализа при помощи алгоритмов и программных средств обработки социологической и статистической информации создается рабочая, математическая модель.

Сбор информации является решающим фактором в правовом моделировании. В качестве источников информации могут использоваться статистические данные и социологические исследования (анкетирование, опросы, фокус-группа, контент-анализ и т.п.), эксперименты и др. В прогнозном моделировании масштабные социологические исследования способны заменить экспертный опрос. Прогноз экспертов может оказаться более точным, чем суждения акторов и других участников моделируемых правовых отношений, так как учитывает множество обстоятельств, о которых последние могут и не догадываться. Эксперты, как правило, в большей мере независимы, т.е. непосредственно не связаны интересами с моделируемыми сферами отношений. В любом случае, достижение качественных результатов экспертного опроса должно гарантироваться независимостью и незаинтересованностью экспертов в результатах правового моделирования. Для создания математической модели используется теория исследования операций, которая из узкой специальной теории превратилась в общенаучное направление исследований, ориентированное на применение математических количественных методов для обоснования решений во всех областях целенаправленной человеческой деятельности.

Создание модели правового поведения, как и любое другое моделирование социальных процессов, сопряжено со значительными трудностями. В первую очередь, это точность информации о моделируемых отношениях, однозначность ее восприятия, сужение имеющейся информации до оптимального объема, достаточного для моделирования. Все эти трудности носят неразрешимый характер. Нельзя построить модели, которые бы с точностью давали прогноз развития социальных событий. Всегда следует принимать в расчет массу допущений.

6. Исследование модели осуществляется в имитационном режиме, что позволяет оценить состояние и динамику объекта моделирования, связь с институциональной средой, перспективность тех или иных преобразований. Если модель не дает истинных, достаточных данных и не позволяет достигнуть намеченных целей, то она должна быть скорректирована или заменена на другую. Для проверки истинности (верификации) используются экспертные опросы, социальные эксперименты. Необходимость уточнения результатов моделирования должна быть определена договорными отношениями заказчика

и исполнителя, программой правового моделирования. О достоверности результатов правового моделирования следует заботиться с самого начала. Следует обеспечивать максимальную прозрачность и доступность информации о процессе моделирования, его целях, задачах, методологии. Закрытость информации для независимых экспертов и заинтересованных лиц повышает риски искажений и некорректной интерпретации.

7. Документальное оформление результатов правового моделирования и передача их заказчику завершает процесс моделирования.

В настоящей статье содержатся лишь самые общие «штрихпунктирные» направления прогнозного моделирования правового поведения, расширяющие предмет исследования за счет включения в него внутренних побудительных причин индивидуального правового поведения, а также широкого контекста реализации правовых предписаний. Понимание экономической основы поведения человека, формальных и неформальных связей внутри институтов, внешней институциональной среды позволяет рассчитывать на получение значимых для теории и практики права выводов, относящихся не только к имитированию правового поведения, но и к созданию новых и коррекции существующих правовых норм и институтов.

*Олейник О.М.,
доктор юридических наук,
ординарный профессор,
заведующая кафедрой
предпринимательского права
факультета права НИУ ВШЭ
(г. Москва)*

СВОБОДА ВОЛИ И ОТВЕТСТВЕННОСТЬ В ЭКОНОМИЧЕСКОМ ОБОРОТЕ

Современное российское правовое регулирование экономического оборота в настоящее время переживает довольно сложный и интересный этап своего развития, который условно может быть обозначен как гиперболизация роли права при отсутствии тонких механизмов правового регулирования. К числу таких инструментов, которые, на наш взгляд, недостаточно разработаны в российском правоведении, относится понятие и сфера применения категории свобода воли в целом и применительно к имущественной ответственности в частности. Хотя по этому поводу написано довольно много книг и статей, разработка проблемы свободы воли не обрела инструментального характера.

Как известно, ответственность нельзя понять без уяснения вопроса о свободе воли человека. «Невозможно рассуждать о морали и праве, не касаясь вопроса о так называемой свободе воли, о вменяемости человека, об отношении между необходимостью и свободой» — писал Ф. Энгельс в «Анти-Дюринге». Понимание свободы воли дает ключ к объяснению социально-психологических основ сущности и механизма правового регулирования, роли правовых средств, участвующих в действии этого механизма, в числе которых находится юридическая ответственность.

В течение истории человечества к вопросу о свободе воли сформировалось несколько теоретических подходов. Материалистическое решение проблемы свободы воли отвергает представление о полной и абсолютной детерминированности человеческих поступков, предопределенности человеческого поведения, об отсутствии всякой свободы воли. Это решение не признает также и абсолютной свободы воли как о самостоятельной силе, которая ставит человека вне законов реального мира (Дж. Беркли, В. Гертман, Э. Мах, Ф. Ницше, И. Фихте, А. Шопенгауэр, Д. Юм и др.). Отрицание обусловленности объективной действительностью свободы выбора поведения в совре-