

**А.В. ШМАКОВ**, к.э.н., доцент,  
ФГБОУ ВПО Новосибирский государственный технический университет,  
г. Новосибирск, Россия  
[a.shmakov@mail.ru](mailto:a.shmakov@mail.ru)

## КОМПЕНСАЦИЯ КАК ЭФФЕКТИВНАЯ ФОРМА ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО ПРИНУЖДЕНИЯ

Оценивается оптимальность выбора компенсации как формы гражданско-правового принуждения. Приводятся рекомендации по совершенствованию механизма компенсации. Компенсация рассматривается не только как средство возмещения потерь, но и как цена нарушения закона, правильное определение которой способствует достижению экономической эффективности. В центре внимания находятся проблема воздействия компенсации на поведение людей, создания эффективных стимулов к принятию мер предосторожности. В статье рассматривается широкий круг вопросов, связанных с функционированием механизма компенсации: методы расчета компенсации, подходы к решению дилеммы «эффективность-справедливость», пути преодоления парадокса компенсации, методы определения оптимального уровня мер предосторожности и оптимальной степени доверия.

**Ключевые слова:** институциональная экономика, институты, меры гражданско-правового принуждения, компенсация, эффективность компенсации, гражданское право, экономический анализ права.

**A. V. Shmakov**

### **Compensation as the Effective Form of Civil Law Enforcement**

The paper estimates the optimal use of compensation as a form of civil law enforcement, designed to ensure the functioning of the institutions responsible for the regulation of property rights. The property rights are considered in accordance with S. Pejović and E. Furubotna's approach in the broad economic sense as "the right to use and the right to receive income from material objects or intellectual activities, as well as the right to demand certain behavior from other individuals."

The work covers a wide range of issues related to the functioning of compensation mechanism: economic nature of compensation, compensation advantages over other forms of civil law enforcement, basic principles of determining the optimal amount of compensation, ways of overcoming the compensation paradox, methods for determining the optimal level of precautions and optimal credibility, approaches to solving the "efficiency - equity" dilemma, ways of improving the compensation mechanism.

Compensation is considered not only as a means to compensate for losses and restore justice, but as the price for breaching the law, the correct determination of which contributes to the achievement of economic efficiency. The focus is on the problem of compensation effect on people's behavior, creating effective incentives to take precautions. Thus, compensation is seen as a mechanism to create incentives, which is used to implement security function in its broadest sense. The main purpose of compensation is to lower the economic inefficiency of breaching the law.

The basic principles for determining optimal compensation in terms of maximizing the social welfare function are: effective incentives for risk prevention by compensation, elimination of compensation paradox, absence of excessive precautions' stimulation, justice consistency. Optimal compensation should foster effective incentives to prevent the risk of adverse outcomes for all parties involved in the process: the offender, the victim and the state. An effective amount of compensation should be determined as the ratio of the expenses required to prevent damage to the likelihood that the loss-maker will pay compensation for his illegal acts.

However, the amount of compensation calculated by this method may be higher than the size of damage, which will provoke the damaged to reduce precautions below the optimal level. To solve this problem - the compensation paradox - it is recommended to give the damaged only the part of compensation payment equal to the size of damage. Further reduction of the sum given to the damaged will contradict the principle of justice. The other part equal to the surplus of compensation relative to the size of damage and necessary to prevent illegal behaviour should be confiscated. Assigning the function of determining compensation to the jurisdiction in accordance with legitimate procedures should ensure the absence of distorting influence on the mechanism proposed by the executive power.

Implementation of the principle of non-stimulation of excessive precautions, in addition to the principles of "unjustifiable confidence" and "reasonable risk" can contribute to the introduction of economic approach into the legal practice the practice for determining optimal standards of behaviour

© А.В. Шмаков, 2014

<http://www.elibrary.ru/issues.asp?id=37579>

<http://www.instud.net>, <http://www.nbu.gov.ua/>

*and combining norms of negligence widely used in Western Europe and the U.S. Practical implementation of the proposed principles requires open discussion and further comprehensive assessment of the expected economic effect and the elaboration of legal technique*

**Keywords:** *civil law enforcement, compensation, compensation effectiveness, civil law, economic analysis of law*

**I. Постановка проблемы.** Права собственности – это санкционированные и принятые в обществе поведенческие отношения между экономическими агентами, которые определяют перечень возможных способов использования ограниченных ресурсов как исключительную прерогативу отдельных индивидов или групп [Шаститко А. Е., 2002, с. 133]. В соответствии с данным базовым подходом, предложенным С. Пейовичем и Э. Фуруботном, «права собственности рассматриваются в самом широком смысле и охватывают право пользования и право получения дохода от материальных объектов или интеллектуальных видов деятельности, а также право требовать определенного поведения от других индивидов» [Фуруботн Э. Г., 2005, с. 6]. В рамках экономического подхода (в отличие от юридического) в систему прав собственности включаются не только вещные права, но и личные права, поскольку последние также являются ограниченным ресурсом, элементом богатства. Таким образом, для институционального экономиста любые права являются правами собственности, а экономическая теория прав собственности может быть использована для анализа взаимоотношений в рамках договорного права, деликтного права и прочих отраслей права.

Отношения прав собственности регулируются системой формальных и неформальных институтов. В соответствии с подходом новой институциональной экономической теории институт – это действующее правило с внешним механизмом принуждения к исполнению. Очевидно, что эффективность институтов во многом зависит от действенности используемого механизма принуждения. В данной работе внимание акцентируется на использовании такого формального механизма гражданско-правового принуждения, как компенсация. Цель работы – сформировать подход к определению параметров механизма компенсации, формирующих у экономических агентов систему стимулов, способствующую максимизации функции общественного благосостояния.

Отметим, что доминирующий на постсоветском пространстве юридический подход к определению размера компенсации не учитывает экономических последствий использования механизма компенсации и не позволяет реализовать в полной мере его потенциальные преимущества.

В соответствии с поставленной целью требуется реализация ряда задач: (1) раскрыть экономическую природу компенсации; (2) оценить эффективность использования компенсации в качестве меры гражданско-правового принуждения; (3) сформулировать принципы определения оптимального размера компенсации; (4) наметить пути совершенствования механизма компенсации.

**II. Экономическая природа компенсации.** Компенсация – это механизм гражданско-правового принуждения, направленный на достижение эффективного функционирования гражданско-правовых институтов. В соответствии с подходом, предложенным Г. Беккером, компенсация тождественна цене нарушения закона [Беккер Г. С., 2003, с. 314]. Если эта цена слишком низкая, причинители ущерба будут слишком часто нарушать законы, и уровень связанной с риском активности со стороны потерпевших снижается. Если цена слишком высокая, причинители ущерба будут редко нарушать законы, но уровень их деловой активности снизится в результате возможности судебных ошибок первого рода (наказание невиновного). При этом уровень связанной с риском активности потерпевших растет, что также способствует увеличению числа неблагоприятных исходов. Выбирая размер компенсации, требуется определить оптимальную цену нарушения закона, при которой стимулы людей оптимальны с точки зрения максимизации функции общественного благосостояния.

Подход Г. Беккера не вполне согласуется с доминирующим юридическим подходом, согласно которому посредством мер гражданско-правового принуждения реализуются следующие функции: (1) восстановительная функция – состоит в восстановлении имущественных потерь от правонарушения; (2) штрафная функция – выражается в возложении на правонарушителя безэквивалентных имущественных лишений с целью наказания; (3) обеспечительная функция – выражается в побуждении граждан к правомерному поведению; (4) воспитательная функция – состоит в целенаправленном воздействии на субъективные установ-

ки правонарушителя; (5) пресекательная функция – направлена на приостановление действия длящегося правонарушения и предупреждение новых правонарушений. В подходе Г. Беккера внимание акцентируется лишь на реализации обеспечительной функции.

Анализируя несоответствие подходов, следует сделать ряд замечаний. Во-первых, необходимо отметить, что конечной целью 2–5 функций является сдерживание нежелательной противоправной активности граждан. При реализации штрафной функции эта цель достигается через осуществление наказания, обеспечительной – через стимулирование к правомерному поведению, воспитательной – через воздействие на систему субъективных ценностей, пресекательной – через предупреждение новых правонарушений. В связи с чем возможно объединение 2–5 функций по целевой составляющей в обеспечительную функцию и выделение двух базовых функций мер гражданско-правового принуждения: восстановительной (в широком смысле) и обеспечительной.

Во-вторых, вопрос о приоритетности функций компенсации (восстановительной или обеспечительной) – вопрос нормативный, зависящий в большей степени от общественных предпочтений. Суть вопроса в том, что важнее для общества – восстановление равенства прав субъектов гражданского права через эквивалентную компенсацию в настоящем или же снижение количества правонарушений в ближайшем будущем. Подавляющее большинство ученых-юристов признает в качестве приоритета справедливое, соразмерное восстановление прав потерпевшего, т.е. восстановительную функцию. Институциональные экономисты признают конечной целью правовой системы достижение эффективного распределения ресурсов, отдают приоритет обеспечительной функции. В рамках данной работы мы будем опираться на экономические соображения и считать обеспечительную функцию основной функцией гражданско-правового принуждения.

Таким образом, выбрав объект исследования – компенсацию как механизм гражданско-правового принуждения, в качестве предмета исследования рассмотрим компенсацию как механизм создания стимулов, используемый для реализации обеспечительной функции. Вопрос определения размера компенсации при реализации экономического подхода больше похож на определение оптимальной

цены нарушения закона, чем на определение справедливого возмещения потерь потерпевшей стороны. Основной целью использования компенсации необходимо признать снижение экономической неэффективности нарушения законодательства.

**III. Эффективность использования компенсации в качестве меры гражданско-правового принуждения.** Меры гражданско-правового принуждения принято делить на две группы:

1. Меры гражданско-правовой ответственности – это предусмотренные законом санкции, применяемые судом или реализуемые добровольно в рамках охранительного правоотношения в форме возложения определенного объема внеэквивалентных имущественных лишений с целью обеспечения осуществления и защиты гражданских прав (восстановления правового положения), а также наказания правонарушителя. [Кархалев Д. Н., 2004, с. 20.]

2. Меры гражданско-правовой защиты – это предусмотренные законом санкции, которые применяются в принудительном порядке или осуществляются добровольно, независимо от вины нарушителя, в форме восстановления положения, существовавшего до нарушения, либо пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, либо признания субъективного права (или факта) и по содержанию не являются внеэквивалентным имущественным лишением [Кархалев Д. Н., 2004, с. 67].

Мерам гражданско-правового принуждения соответствуют специфические формы защиты гражданских прав. Гражданско-правовая ответственность имеет две формы: безэквивалентное лишение имущества (в частности возмещение убытков, компенсация морального вреда и штраф), лишение субъективного права. Гражданско-правовая защита имеет три формы: восстановление положения, существовавшего до нарушения (в частности исполнение обязанности в натуре), пресечения действий, нарушающих право, признание права [Кархалев Д. Н., 2004, с. 126 – 127]. Проведем сравнительный анализ эффективности использования наиболее актуальных мер гражданско-правового принуждения.

А) Компенсация и исполнение обязанности в натуре. На практике ключевыми формами защиты гражданских прав стали компенсация и присуждение к исполнению обязанности в натуре. В правовых системах разных стран

подходы к приоритетности данных мер гражданско-правового принуждения не совпадают. Согласно германскому праву, правонарушитель принуждается к исполнению обязательства в натуре, и только если такое исполнение невозможно по строго оговоренным причинам, возникает обязанность возмещения убытков в денежной форме. Во французском праве потерпевший имеет права требовать компенсации убытков независимо от возможности исполнить обязательство в натуре. В англосаксонском праве преобладает компенсация убытков, а исполнение в натуре применяется только тогда, когда денежная компенсация не может удовлетворить интересы потерпевшего [Договорная ответственность по зарубежному праву, 2000]. Российское гражданское законодательство освобождает должника от исполнения обязательства в натуре при выплате денежной компенсации в случае неисполнения обязательства, и в случае отказа кредитора от принятия исполнения, но не освобождает от исполнения обязательства при ненадлежащем исполнении обязательств [ГК РФ, ст. 396].

Первым аргументом в пользу использования компенсации является ее принадлежность к формам гражданско-правовой ответственности, что дает больше возможностей для реализации восстановительной функции, чем исполнение договора в натуре, относящееся к формам гражданско-правовой защиты. Если реализация восстановительной функции свойственна в равной мере как мерам гражданско-правовой ответственности, так и мерам гражданско-правовой защиты, то обеспечительная функция (в широком смысле) в большей степени осуществляется в рамках мер гражданско-правовой ответственности. Для мер гражданско-правовой ответственности характерна реализация всех пяти функций мер гражданско-правового принуждения. Для мер гражданско-правовой защиты характерна реализация лишь восстановительной, обеспечительной (в узком смысле) и пресекающей функций, но не реализуется штрафная функция. Это связано с тем, что при использовании мер гражданско-правовой защиты происходит лишь восстановление имущественных потерь от правонарушения. Использование же мер гражданско-правовой ответственности подразумевает, помимо восстановления имущественных потерь, использование штрафных санкций с целью наказания правонарушителя. Большой размер санкций в большей мере сдерживает нежелательную активность правонарушителей.

Второй аргумент в пользу использования компенсации связан с проявлениями двух видов чрезмерного поведения: чрезмерного исполнения договора – случай, при котором договор исполняется, хотя эффективно его неисполнение; и чрезмерного нарушения договора – ситуация, когда договор нарушается, несмотря на то, что эффективно его исполнение. Принуждение к исполнению договора в натуре способствует чрезмерному исполнению договоров, а компенсация – чрезмерному нарушению договоров в случае неполной компенсации. Вопрос приоритетности данных мер гражданско-правового принуждения зависит от степени опасности провоцируемых ими видов чрезмерного поведения [Kronman A., 1978].

Решение вопроса в пользу применения компенсации диктуется логикой возможности ведения переговоров по Коузу [Cooter R., 2007, р. 118 – 121]. Если трансакционные издержки переговоров между правонарушителем и потерпевшим незначительны, то предпочтительнее исполнение договора в натуре. В такой ситуации стороны (в случае неэффективности выполнения договора) сами в процессе переговоров определяют размер возмещения убытков. При этом эффективные договоры будут выполняться. Влияние судебных ошибок на эффективность незначительно, а экономия судебных издержек существенна. Если же трансакционные издержки высоки, то предпочтительнее компенсация убытков. В такой ситуации стороны не смогут вступить в переговоры по Коузу и изменить фактический результат судебного предписания. Однако использование компенсации позволяет должнику определить, что эффективнее: нарушить договор и выплатить компенсацию или выполнить договор. Поскольку стороны обладают лучшей, чем суд, информацией о предмете спора, принятое ими решение будет эффективнее судебного предписания. Очевидно, что в мире с положительными трансакционными издержками использование компенсации эффективнее принуждения к исполнению договора в натуре.

Необходимо отметить, что имеются ситуации, когда принуждение к исполнению договора в натуре предпочтительно: в случае, если определение оптимального размера компенсации затруднительно, а трансакционные издержки переговоров по Коузу сравнительно невелики; в случае, если не существует совершенных заменителей предлагаемых должником товаров или услуг, а кредитор связан с

должником жесткими производственными взаимоотношениями; в других случаях, связанных с опасностью чрезмерного нарушения договоров. Вместе с тем, даже если национальное законодательство какой-либо страны отдает приоритет исполнению договора в натуре, имеются ситуации, когда исполнение договора в натуре нецелесообразно: в случае физической или экономической невозможности выполнения обязательств (непропорционально большие расходы); в случае ограничения личных свобод должника; в случае высокого риска стратегического поведения со стороны кредитора; в других случаях, связанных с повышенным риском чрезмерного исполнения договоров. Эти соображения должны находить отражение в гражданском законодательстве.

Б) Компенсация и штраф. Если рассматривать компенсацию в качестве цены нарушения закона, возникает необходимость сравнения ее с таким альтернативным способом платы за правонарушение, как штраф. Оба механизма направлены на создание стимулов к соблюдению установленных формальных институтов. Рассмотрим преимущества применения компенсации.

Во-первых, необходимо понимать, что базовым отличием компенсации от штрафа является получатель изъятых у нарушителя денег. В случае штрафа – это государство, в случае компенсации – потерпевший. В случае анализа распределительных отношений нельзя игнорировать вопрос восстановления справедливости. Наказывая других людей, мы идем наперекор выработанным в ходе эволюции альтруистическим мотивациям. Если мы станем наказывать невиновных, нас будет мучить совесть и пострадает самооценка. Именно здесь кроется причина, по которой люди стремятся к тому, чтобы наказание выглядело справедливым. И это одна из причин предпочтительности компенсации, которая выглядит более справедливой: цель передачи денег понятна и оправдана.

Во-вторых, для поддержания порядка государству необходима информация о фактах совершения правонарушений. В случае использования штрафов необходимо содержать штат государственных служащих, целенаправленно собирающих информацию о правонарушениях и назначающих штрафы, что, с одной стороны, чрезвычайно затратно, а с другой стороны, усиливает коррупцию. Другой возможностью получения информации является сбор информации судами непосредственно от

лиц, несущих потери от правонарушений. Однако поскольку участие в судебном процессе в качестве истца связано с затратами, необходим механизм возмещения затраченных на донесение информации усилий – компенсация.

В-третьих, размер компенсации во многих случаях оказывается выше величины штрафа, что усиливает механизм сдерживания правонарушений. Г. Таллок убедительно доказал, что увеличение строгости наказания приводит к сокращению числа правонарушений [Tullock G., 1974. – p. 103].

Вместе с тем, в ряде случаев штраф может быть предпочтителен. Если для обеспечения приговоростойчивости (способности нести наказание) необходимо снизить размер санкции, можно воспользоваться штрафом. В случае, если централизованный аппарат сбора информации функционирует эффективно, значимость компенсации как пути решения информационной проблемы снижается. В случае причинения ущерба широкому кругу лиц, когда значительный для группы граждан ущерб может ложиться малыми частями на отдельных людей и оказаться недостаточным, чтобы стимулировать отдельного потерпевшего к подаче иска, штрафные санкции также оказываются чрезвычайно полезными. Наконец, в отношении регулирования деятельности крупных корпораций, судиться с которыми значительно сложнее, штрафные санкции могут также оказаться полезны. Но в большинстве случаев компенсация предпочтительна.

**IV. Принципы определения оптимального размера компенсации.** Необходимо сформулировать базовые принципы определения размера компенсации, оптимальной с точки зрения максимизации функции общественного благосостояния.

1) Оптимальная компенсация должна способствовать формированию эффективных стимулов к предотвращению риска возникновения неблагоприятных исходов у всех участвующих в процессе сторон: правонарушителя, потерпевшего, государства. Если признать основной целью, реализуемой посредством компенсации, уменьшение риска причинения ущерба, становится очевидным, что неправильное определение размера компенсации может стимулировать рискованное поведение как со стороны причинителей ущерба, так и со стороны потерпевших. Важно, чтобы компенсация создавала эффективные стимулы к принятию мер предосторожности, как для первых,

так и для вторых. Важно также, чтобы механизм компенсации не искажал стимулы представителей государственной власти к реализации функций государства.

Принимая решение об осуществлении действий, связанных с риском, потенциальный правонарушитель сравнивает сумму, которую он точно потратит (или недополучит) при избегании риска, с суммой, которую он, возможно, заплатит в виде компенсации, если обстоятельства будут неблагоприятны, умноженную на вероятность такого неблагоприятного исхода. Если затраты на предотвращение риска окажутся больше ожидаемых потерь от компенсации, правонарушитель не будет принимать мер предосторожности [Тамбовцев В. Л., 2005, с. 58 – 60]. Значит, размер компенсации должен быть таким, чтобы при его умножении на вероятность неблагоприятного для правонарушителя исхода, он перекрывал выигрыш правонарушителя от бездействия:  $F = w / P$ , где  $F$  – минимальная эффективная компенсация;  $w$  – увеличение затрат в связи с принятием необходимых для предотвращения обоснованного риска мер предосторожности;  $P$  – вероятность применения санкции в случае отсутствия надлежащих мер предосторожности.

Отметим, что взыскание суммы, несколько превышающей величину ущерба, не разрушает стимулы нарушителя к принятию мер предосторожности. С большей стороны компенсация ограничена нежеланием разорить фирму-нарушителя, поскольку такой результат привел бы к существенному росту социальных издержек, и не может считаться эффективным. Отметим также, что факт выплаты компенсации, даже заниженной, может повлиять на поведение правонарушителя. Осуществляя каждую последующую компенсационную выплату, правонарушитель осознает рост вероятности наказания. Оценка вероятности выплаты компенсации корректируется в большую сторону по мере роста числа исков. А значит, растет произведение размера компенсации на вероятность наказания и усиливаются стимулы к принятию мер предосторожности. Однако грубые ошибки в оценке размера компенсации приводят к появлению временного лага между моментом первого правонарушения и моментом формирования эффективных стимулов посредством компенсации, что связано для общества с дополнительными потерями. Важно, что эффективная компенсация может равняться причиненному ущербу только в случае неотвратимости наказания, когда правонарушитель

выплачивает компенсации в 100% случаев.

Мы выяснили, что, определяя размер компенсации, нужно учитывать не только величину нанесенного ущерба, но и влияние компенсации на поведение людей. Эффективный размер компенсации, формирующий верные стимулы, должен определяться как отношение затрат, необходимых для предотвращения ущерба, к вероятности того, что причинитель ущерба будет выплачивать компенсацию за свои противоправные действия. При этом только часть компенсационной выплаты имеет целью возмещение потерь потерпевшего. Остальная часть (превышение компенсации относительно величины ущерба) бывает необходима для предотвращения противоправного поведения в будущем. Согласно современной юридической традиции, ее также принято передавать потерпевшему.

2) Необходимо стремиться к устранению парадокса компенсации. Мы выяснили, что для создания оптимальных стимулов к принятию мер предосторожности у причинителя ущерба компенсация должна быть полной, а во многих случаях даже превышающей размер ущерба. Однако в случае выплат завышенных компенсаций снижать уровень предосторожности будут сами потерпевшие. И это приведет к увеличению риска возникновения ущерба. Люди теряют стимулы к тому, чтобы вести себя осмотрительно. И это может стать основанием для существенного снижения размера компенсации в случае, если мы стремимся усилить меры предосторожности потенциальных потерпевших и уменьшить количество судебных исков.

Возникает парадокс компенсации: чтобы причинитель ущерба вел себя осмотрительно, он должен полностью выплатить компенсацию, необходимую для снижения риска возникновения ущерба. Однако полная компенсация снижает стимулы потерпевшего к соблюдению мер предосторожности. Чтобы потерпевший вел себя осмотрительно, размер компенсации должен быть меньше величины ущерба. Однако в юридической традиции компенсация выплаченная, равна компенсации полученной. Имеется мнение, что такая компенсация не может создавать максимально эффективных стимулов. Современная юридическая традиция в большей степени нацелена на создание эффективных стимулов для потенциальных причинителей ущерба.

3) Следует стимулировать экономических агентов к принятию оптимальных мер

предосторожности, т.е. не следует провоцировать как избыточных мер предосторожности, так и неоправданного доверия, приводящего к недостаточным мерам предосторожности. Компенсация должна быть направлена на создание стимулов к принятию оптимальных мер предосторожности, т.е. мер предосторожности адекватных возможному ущербу.

Понятие «оптимальных мер предосторожности» связано с экономической категорией «обоснованного риска». Риск – это сознательное поведение человека, направленное на достижение положительного результата, но предполагающее некоторую вероятность наступления неблагоприятных последствий. Понимание обоснованности риска кроется в вероятности наступления неблагоприятного исхода, которую нужно учитывать при определении ожидаемых неблагоприятных последствий рискованной деятельности наравне с величиной ущерба. Ожидаемые неблагоприятные последствия оцениваются как произведение ущерба на его вероятность. Данный ожидаемый ущерб необходимо сравнивать с положительным результатом, ради которого осуществляется деятельность, связанная с риском. Если ожидаемые неблагоприятные последствия незначительны, то риск обоснован. Если же ожидаемые неблагоприятные последствия превышают ожидаемый положительный результат, принятие риска необоснованно. В соответствии с законодательством РФ: «Риск признается обоснованным, если указанная цель не могла быть достигнута не связанными с риском действиями (бездействием) и лицо, допустившее риск, предприняло достаточные меры для предотвращения вреда...» [УК РФ]

Опишем подход, используемый для определения обоснованности риска. С любым риском связаны два вида издержек: издержки принятия мер предосторожности (включая недополученную прибыль) и издержки ожидаемого ущерба [Calabresi G., 1970]. Если уровень предосторожности удастся измерить ( $X$ ) и каждая единица принятых мер предосторожности стоит определенной суммы денег ( $w$ ), тогда издержки принятия мер предосторожности составят  $w \cdot X$ . Умножая размер ущерба ( $A$ ) на вероятность его причинения ( $P(X)$ ), мы получаем ожидаемый ущерб ( $A \cdot P(X)$ ). Суммируя данные издержки, мы получаем ожидаемые социальные издержки деятельности, связанной с риском ( $SC$ ), которые равны:  $SC = w \cdot X + A \cdot P(X)$ . При некотором уровне мер предосторожности ( $X^*$ ) достигается минимум этой

функции. Именно этот уровень мер предосторожности (равно как и уровень риска) и является оптимальным.

Исследовав функцию  $SC$  на наличие экстремума (минимума), т.е. приравняв к нулю ее производную, мы получаем условие достижения оптимального уровня мер предосторожности ( $X = X^*$ ):  $w = -A \cdot P'(X)$ . Если уровень мер предосторожности меньше эффективного ( $X < X^*$ ), то предельные социальные издержки предосторожности меньше, чем предельные социальные выгоды ( $w < -A \cdot P'(X)$ ), и рационально усилить меры предосторожности, стимулируя к этому посредством компенсации. В случае же, если уровень мер предосторожности больше эффективного ( $X > X^*$ ), предельные социальные издержки предосторожности больше предельных социальных выгод ( $w > -A \cdot P'(X)$ ), и эффективность требует ослабить меры предосторожности, в этом случае выплата компенсации экономически неэффективна.

Стоит пояснить содержательный смысл представленной математической формулы. Величина  $P'(X)$  – производная функции вероятности возникновения ущерба – показывает не просто вероятность возникновения неблагоприятно исхода, а ее изменение в результате принятых мер предосторожности. Перед размером ущерба ( $A$ ) стоит знак минус, использование которого необходимо для получения абсолютной величины издержек, поскольку сами издержки в экономике принято обозначать отрицательной величиной. В соответствии с предложенным подходом дополнительные меры предосторожности рационально принимать (снижать уровень риска), если снижение ожидаемых потерь от неблагоприятных исходов в результате принятия дополнительных мер предосторожности перекрывает затраты на принятие таких мер.

Другой формой отклонения от оптимального результата является неоправданное доверие. Доверие – это одна из форм риска. Доверяя другому человеку, вы осуществляете затраты денег, времени, усилий, упущенных возможностей, ожидая получения в будущем каких-либо благ. Рост степени доверия увеличивает как выгоды при выполнении, так и потери при нарушении доверия. Поэтому излишняя степень доверия может быть связана со снижением общественной эффективности. Равно как и риск, доверие может быть оправданным и неоправданным. Правовая система посредством компенсации должна стимулировать человека к реальной оценке ситуации и

выбору оптимальной степени доверия. Если судом компенсируются потери, являющиеся результатом оптимальной, а не фактической степени доверия, человек не получает никакой компенсации потерь от сверхдоверия и имеет стимул избегать сверхдоверия, вести себя более осмотрительно. Правовая система, таким образом, препятствует чрезмерному доверию, компенсируя потерпевшему понесенный им ущерб лишь до определенного уровня, равного ущербу, который возник бы при оптимальном, оправданном уровне доверия.

Оправданным следует считать уровень доверия, при котором ожидаемая выгода от действий, связанных с доверием, выше ожидаемых потерь в случае нарушенного доверия. Компенсировать необходимо не все фактические потери, а только потери, связанные с оправданным доверием. Компенсация не должна стимулировать чрезмерное, неоправданное доверие между людьми. На практике юристам следует связывать понятие сверхдоверия с предсказуемостью. Доверие потерпевшего является предсказуемым со стороны причинителя ущерба, если его степень соответствует разумным ожиданиям причинителя ущерба в данных обстоятельствах. Чрезмерное доверие потерпевшего предвидеть невозможно, и убытки, связанные с чрезмерным доверием, не должны компенсироваться, если только потенциальный причинитель ущерба не был заранее поставлен в известность относительно необычно высоких издержек.

4) Компенсация должна по возможности удовлетворять требованию справедливости. Ч. Беккариа писал о том, что требование справедливости – это базовый принцип, на котором держится общественный договор [Беккариа Ч., 2004]. Нельзя не согласиться с тем, что соблюдение требований справедливости крайне важно. Как юристы, так и экономисты считают, что наиболее справедливой является полная компенсация, при которой потерпевшему компенсируются в полном объеме все три элемента ущерба: реальный ущерб, упущенная выгода и моральный вред. Однако проведенное нами исследование показывает, что на практике данная компенсация используется крайне редко [Шмаков А. В., Булгакова Е. В. 2011, с. 65 – 76]. Анализ 65 судебных дел, рассмотренных Высшим Арбитражным Судом РФ за период с марта 2007 по март 2009 г. показал, что подобная идеальная компенсация на практике фактически не используется. Недостаток информации и трудности ее обработки в суде ча-

сто не позволяют достигнуть желаемого результата – в результате требование справедливости не выполняется.

Наиболее очевидным примером является компенсация морального вреда. В настоящее время порядок определения размера компенсации морального вреда в законах не зафиксирован. Судья должен определять размер компенсации морального вреда по своему внутреннему убеждению с учетом характера причиненных физических и нравственных страданий, а также степени вины причинителя ущерба. Характер физических и нравственных страданий оценивается судом с учетом фактических обстоятельств и индивидуальных особенностей потерпевшего. При определении компенсации должны учитываться требования разумности и справедливости.

Но рациональный судья предпочтет ориентироваться не на собственные «внутренние убеждения», а на сложившуюся судебную практику: если телесные повреждения не повлекли причинения вреда здоровью, сумма возмещения морального вреда не превысит 10 тыс. рублей; при причинении легкого вреда здоровью размер возмещения составит 30-40 тыс. рублей; для случая телесных повреждений средней тяжести – от 50 до 70 тыс. рублей; при причинении тяжкого вреда здоровью – 90-110 тыс. рублей. Доктор юридических наук А. А. Арямова комментирует сложившуюся ситуацию: «Для судьи более важное значение имеет не закон, а корпоративные акты судебной системы... Цель деятельности судьи – не грамотное применение закона, а то, чтобы его решение «устояло» в вышестоящих судебных инстанциях и для него «не случилось бы» осложнений по службе» [Арямов А. А., 2010, с. 12].

Другим ярким примером нарушения требования справедливости является компенсация родственникам погибших в результате несчастного случая. Данная компенсация должна основываться на методике оценки стоимости человеческой жизни. В теории существуют различные подходы к оценке стоимости человеческой жизни. Ее можно рассчитать как чистую приведенную стоимость выгод, недополученную родственниками погибшего; через недополученное погибшим удовольствие от жизни; путем выявления оценки жизни самим человеком (посредством определения стоимости принимаемых им мер предосторожности) и т.д.. При этом официально признанной методики в РФ не существует. Признание человеческой жизни бесценной по факту пре-

вращает ее в бесплатную, что приводит к увеличению смертности в результате несчастных случаев. В зависимости от контекста гибели при определении размера компенсации человеческая жизнь оценивается по-разному. Принцип соответствия размера компенсации полученному ущербу не реализуется.

**V. Компенсация как способ защиты гражданских прав в РФ (возможности совершенствования).** В законодательстве РФ компенсация определяется как возмещение убытков, возникших вследствие нарушения гражданско-правовой обязанности, когда ее исполнение в натуре в связи с таким нарушением стало невозможным; когда управомоченное лицо утратило по вине обязанного лица интерес к реальному исполнению обязанности; в иных предусмотренных законом случаях денежного возмещения имущественных потерь, вызванных нарушением обязанностей [Катрич, 2009]. Гражданским кодексом РФ закреплены следующие виды компенсации: возмещение убытков (подлежат возмещению «реальный ущерб» и «упущенная выгода»); компенсация морального вреда. Реальный ущерб – расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества. Упущенная выгода – неполученные доходы, которые данное лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено. Моральный вред – физические или нравственные страдания гражданина, вызванные нарушением его личных неимущественных прав либо посягательством на принадлежащие гражданину другие нематериальные блага, а также в других случаях, предусмотренных законом [ГК РФ, ст. 15, 151]. Основным принципом института компенсации является принцип полного возмещения – лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере [ГК РФ, ст. 15].

Если основной целью использования компенсации признать снижение неэффективности нарушения законодательства, возможно совершенствование компенсационного механизма. Для этого при определении размера следует стремиться к реализации четырех предложенных в предыдущем разделе базовых принципов: формирование посредством ком-

пенсации эффективных стимулов к предотвращению риска, устранение парадокса компенсации, отсутствие стимулирования избыточных мер предосторожности, непротиворечивость с позиции справедливости.

Определяя размер компенсации, нужно учитывать не только величину нанесенного ущерба, но и влияние компенсации на поведение экономических агентов. Эффективный размер компенсации, формирующий верные стимулы, должен определяться как отношение затрат, необходимых для предотвращения ущерба, к вероятности того, что правонарушитель будет выплачивать компенсацию ( $F = w / P$ ). Это позволит создать оптимальные стимулы к принятию адекватных мер предосторожности у причинителя ущерба. При несовпадении вероятности причинения ущерба и вероятности применения санкции в случае отсутствия надлежащих мер предосторожности эффективная компенсация может оказаться выше величины ущерба.

При этом только часть компенсации (компенсационная составляющая) – соответствует величине ущерба – должна иметь целью возмещение потерь потерпевшего (восстановительная функция) и передаваться потерпевшему. Остальная часть (штрафная составляющая) – превышение компенсации относительно величины ущерба – бывает необходима для предотвращения противоправного поведения в будущем (обеспечительная функция) и должна изыматься в пользу государства. Использование компенсационной составляющей направлено на возмещение потерь потерпевшего и стимулирование подачи иска. В идеале компенсационная составляющая должна иметь размер, достаточный для формирования стимулов к подаче иска, но несколько меньший, чем величина ущерба, что способствовало бы формированию оптимальных стимулов к принятию мер предосторожности потерпевшим. Однако разумный компромисс между требованиями эффективности и справедливости обуславливает необходимость ее увеличения до размера причиненного ущерба.

Использование штрафной составляющей имеет целью формирование оптимальных стимулов к правомерному поведению у причинителя ущерба и устранение парадокса компенсации. Возможность увеличения размера взыскиваемой компенсации усиливает стимулы причинителя ущерба к принятию мер предосторожности. Но поскольку не вся сумма передается потерпевшему, его стимулы к принятию

мер предосторожности не разрушаются. При сближении вероятностей причинения ущерба и применения санкций за причиненный ущерб (неотвратимость наказания) штрафная компонента будет уменьшаться.

При этом в процессе анализа нельзя игнорировать стимулы государства к формированию эффективных стимулов к предотвращению риска. Поскольку штрафная компонента становится доходной статьей бюджета, это может спровоцировать стремление исполнительной власти вмешиваться и исказить экономическую логику механизма компенсации. Гарантией нормального функционирования предложенного механизма может стать принцип разделения властей и закрепление функции определения параметров компенсации по конкретным искам за судебной властью в рамках закона.

С точки зрения практической реализации двухуровневой системы компенсации необходимо отметить, что использование компенсации как формы гражданско-правовой ответственности допускает (предусматривает) эквивалентность имущественных лишений, а, следовательно, дает возможность в полной мере реализовать обеспечительную функцию. Заключительные положения ст. 15 ГК РФ также оставляют возможность снижения размера выплачиваемой компенсации относительно величины ущерба.

Реализации принципа отсутствия стимулирования избыточных мер предосторожности, помимо использования принципов «неоправданного доверия» и «обоснованного риска», могло бы способствовать внедрение в юридическую практику экономического подхода к определению оптимальных стандартов поведения, используемых в деликтном праве при определении вины, а также комбинирование вариантов использования норм небрежности, подробнее см. [Шмаков А. В., 2011, с. 214 – 238]. Несомненно, вопросы практической реализации предложенных принципов нуждаются в дальнейшем обсуждении.

### Литература

1. Арямов А. А. Общая теория риска: юридический, экономический и психологический анализ. – М., 2010. – С. 12.
2. Беккариа Ч. О преступлениях и наказан-

ниях, – М.: ИНФРА-М., 2004. – 184 с.

3. Беккер Г. С. Человеческое поведение: экономический подход. Избранные труды по экономической теории. – М.: ГУ ВШЭ, 2003. – С. 314.

4. Гражданский кодекс Российской Федерации. ФЗ РФ № 51–ФЗ от 30 ноября 1994 (в редакции от 01.03.2013).

5. Договорная ответственность по зарубежному праву (аналитический обзор) // Журнал российского права. – 2000. – №1. – С. 161 – 168.

6. Кархалев Д. Н. Гражданско-правовые меры защиты и меры ответственности. – Уфа: РИО БашГУ, 2004. – 148 с.

7. Катрич С. В. Система действующего в России законодательства, регулирующего бизнес и менеджмент. – М.: Изд-во «Дело», 2009. – 160 с.

8. Тамбовцев В. Л. Право и экономическая теория. – М.: ИНФРА-М, 2005. – С. 58 – 60.

9. Уголовный кодекс Российской Федерации. ФЗ РФ № 63–ФЗ от 13 июня 1996 (в редакции от 30 декабря 2012 г.).

10. Фуруботн Э. Г., Рихтер Р. Институты и экономическая теория: Достижения новой институциональной экономической теории. – СПб.: Издательский Дом СПбГУ, 2005. – С. 6.

11. Шаститко А. Е. Новая институциональная экономическая теория. – М.: ТЕИС, 2002. – С. 133.

12. Шмаков А. В. Экономический анализ права. – М.: ИНФРА-М, 2011. – С. 214 – 238.

13. Шмаков А. В., Булгакова Е. В. Использование механизма компенсации в гражданском праве: экономический подход // TERRA ECONOMICUS. – 2011. – № 4. – С. 65 – 76.

14. Calabresi G. The Cost of Accidents: A legal and Economic Analysis. – New Haven: Yale University Press, 1970.

15. Cooter R., Ulen Th. Law and Economics. – Addison – Wesley, 2007 (5nd ed.). – P. 118 – 121.

16. Kronman A. Specific Performance // University of Chicago Law Review. – 1978. – Vol. 45. – № 2. – P. 351 – 382.

17. Tullock G. Does Punishment Deter Crime? // Public Interest. – 1974. – № 3. – P. 103.

Статья поступила в редакцию 11.01.2014