

ЕКОНОМІЧНИЙ АНАЛІЗ ПРАВА: ЧИМ КОРИСНІ УРОКИ НІМЕЧЧИНИ

ВОЛОВИК Оксана Анатоліївна - кандидат юридичних наук, доцент, докторант кафедри господарського права Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля, м. Луганськ

УДК 346.1

В статье рассмотрены проблемы введения дисциплины экономического анализа права в отечественную правовую систему. Определены концептуальные и институциональные трудности восприятия этой методологии в странах континентальной правовой традиции. Предложены изменения в научно-образовательном пространстве в направлении овладения юристами экономическим анализом и присоединения к международному движению «экономика и право».

Ключові слова: економіка, право, економічний аналіз права, рух «економіка і право».

Економічний аналіз права як наукова парадигма тільки починає завойовувати розуми вітчизняних правознавців, які замислюються над привнесенням до економіко-правового аналізу інших методологій. Саме з цього приводу симптоматичним є початок пропагування українськими правниками [1; 2], вслід за російськими колегами [3], економічного аналізу права (ЕАП) – провідного напрямку (і методології) досліджень на стику економіки та юриспруденції, у межах якого визначається вплив законодавства та судової практики на економічну поведінку і ефективність. Будучи заснованим та отримавши успішний розвиток в США у ХХ ст. [4], за останні 20-30 років ЕАП отримав широке міжнародне визнання.

Сучасний ЕАП («економіка і право») пропонує сукупність методів і конструкцій для аналізу впливу правових норм на поведінку учасників відносин, що вони її регулюють, з позицій критеріїв економічної ефективності;

це – аналітичний інструмент, в основі якого лежить застосування економічної теорії до аналізу структури, змісту та наслідків застосування права [5, с. 12, 14].

В оволодінні юристами економічним аналізом (інструментарієм) вбачається небезпечний науково-практичний сенс – забезпечити достовірність економіко-правових досліджень за рахунок інтерпретації вихідних умов пошуку та результатів як у правовій науці, так і у економічній, зокрема її сучасному напрямі – новій інституціональній економічній теорії [6], у площині якої розглядається ЕАП. Тим більш, що інституціональний підхід взагалі визнано методологією суспільних наук ХХІ ст., тому його опанування юристами (не у вузько-юридичному розумінні «правового інституту», а у загальному розумінні «інституту» в інших суспільних науках) піде лише на користь як міждисциплінарним зв'язкам, так і міжнародній інтеграції правової науки.

Але запровадження цієї (нової для нас) методології іноді стикається у вітчизняній науці з критикою з боку деяких науковців [7], яка будується навколо головного аргументу – зацикленості ЕАП на критерії економічної ефективності. Слід зазначити, що таке ставлення можна було б передбачити, зважаючи на тернистий шлях цієї методології на європейському просторі у ХХ ст. Саме тому, використовуючи т.з. переваги відставання, уявляється доцільним проаналізувати цей досвід з метою визначення перспектив власного розвитку у цій площині.

Об'єктом статті є проблеми запровадження методології ЕАП у вітчизняному праві з міцними традиціями догматичного напрямку юриспруденції, а предметом – досвід Німеччини, як батьківщини догматичної (пандектної) традиції, у порівняльному аспекті щодо сприйняття ЕАП. Метою статті є з'ясування організаційно-правових (інституціональних) передумов поступового запровадження економіки права до вітчизняного правового аналізу.

Якщо ставитися до ЕАП не як до модної прикраси у площині посилання на незвичний закордонний досвід, а як до реального інструменту наукових розвідок у галузі права, то трудність його сприйняття обумовлено наступними міркуваннями:

1. Концептуальні труднощі на кшталт «ЕАП – не наша традиція» (дисципліна, що заснована на іншій правовій системі, правовому мисленні)

Це є головним ментальним обмежувачем. Дійсно, ЕАП первісно заснований на структурі, логіці та нормах американського загального права. Стрімкий розвиток та розповсюдження він отримав завдяки його використанню судами при вирішенні конкретних справ: багато конструкцій ЕАП було розроблено та сформульовано саме судами при розгляді конкретних справ, і лише після проаналізовано та узагальнено вченими [5, с. 13]. Тому відоме твердження американських економістів про те, що заслуга у розвитку американського капіталізму належить насамперед американським суддям, слід тлумачити як інтуїтивно-економічно-ефективне правове мислення суддівського корпусу, що не мало ментальних обмежувачів та завдяки цьому продукувало квінтесенцію правових підходів до економічних спорів з позицій забезпечення максимальної ефективності їх вирішення.

І знову скептичний довід – там прецедентне (суддівське) право, а в нас – закон. Але при іманентній пробільності нашого законодавства (тим більш, економічного), за наявності в ньому колізій та недоліків у судовій системі, непоодинокую є ситуація, коли одне економіко-правове питання має декілька законних варіантів вирішення з позицій формальної логіки, яку можна «підкріпити» діючим законодавством (або навпаки). Отже,

виникає проблема критерію вибору між рівно-формально-логічними альтернативами, і часто таким (неформальним) критерієм для суду виступає саме політична кон'юнктура, а не економічна ефективність – змістовна логічність закону (права), що застосовується. Ігнорується остання і тоді, коли суд діє з принципу «раціонального невідання» – формально дотримується законодавства без осмислення його економічної ефективності.

Показовим є наступний факт. Як зазначають німецькі дослідники, у Німеччині, суди якої можуть створювати нові норми та доктрини (до втручання законодавця або конституційного суду), останні у своєму мисленні залишаються у межах традиційних правових концепцій, на відміну від США, де правові новації менш залежать від «ефекту колеї». Навіть створюючи нові правові норми, німецькі судді намагаються сховати свої «інновації» під завісою аналогій відповідно до «смыслу» або «цілей» відповідного законодавчого акту. Тобто, якщо не вбачати різницю між прецедентним та континентальним правом (за змістом), варто враховувати різні способи (образи) правового мислення суддів в США та Німеччині. Більш того, судді навіть найвищої інстанції (Федеральної судової палати) Німеччини проявляють стриманість у привнесенні зовнішніх ціннісних критеріїв, щоб не ризикувати своїми повноваженнями та престижем [8, с. 387-388].

Як підтверджують інші західні дослідники, (не)привнесення зовнішніх (відкритих) способів аргументації до правового аналізу у правовій науці Німеччини після критики доктриналізму представниками школи вільного права (аналогічно правовим реалістам США) стало на заваді реконструкції правової теорії, яка досі сповідує головні цінності системності та когерентних засад [9].

Як зазначає К. Кірхнер, у німецькій системі, яка у відомій мірі є репрезентативною для систем цивільного права на європейському континенті, судова влада може захистити свою незалежність та участь у законотворчому процесі лише строго слідкуючи традиційним способам правового мислення, тобто використовуючи цінності не зовнішні (зокрема, економічну ефективність – прим. О.В.), а ті, що вбудовано у правову систему [8, с. 389].

Саме з цих міркувань німецький дослідник завдається резонними питаннями – чому судова влада повинна ризикувати власним становищем та дозволити новому підходу ЕАП стати частиною юридичної освіти? Отже, цю дисципліну, незважаючи на її факультативне викладання на юридичних факультетах (у програмі державного іспиту її не враховано), може спіткати доля (менш амбіційного) соціологічного підходу, що його було вигнано на периферію юридичної освіти [8, с. 388-389].

Але існує і така думка, що континентальна правова система, взірцем якої є Німеччина, дедалі більше виявляє критичне ставлення до власної догматичної традиції (пандектної гегемонії) та демонструє прихильність до політико-правового напрямку (зокрема, ЕАП). І хоча німецькі дослідники зазначають, що Німеччині ще належить пройти довгий шлях до формування стилю юридичного мислення, який орієнтований на адаптацію правового механізму до життєвих реалій, і все це завдяки тому, що формальна логічність та системна узгодженість права цінуються в

німецькій науці вкрай високо (цит. за [10, с. 66-67]), втім і там визнають, що зрушення у юридичному мисленні є невідворотними.

2. Інституціональні пастки системи юридичної освіти та науки

На формування того чи іншого інституту (інституції) у суспільстві впливає обставина інституціонального середовища. Дослідниками у цій площині (нової інституціональної економічної теорії) було визначено феномен інституціональної пастки – неефективних усталених інститутів, у т.ч. тих, що уповільнюють розвиток системи (О. Артур, Д. Норт), так і тих, що руйнують систему, у межах якої розвивався певний інститут (В. Полтерович) [11].

Систему освіти та науки можна вважати усталеним інститутом, особливо у тренді на їх академічне зближення. Порівняльний аналіз стану справ у США та Німеччині відображено у таблиці (укл. за [9]).

Як зазначає К. Кірхнер, на юридичних факультетах у Німеччині немає дослідницьких центрів з права та економіки, хоча економісти (Р. Ріхтер, Е. Фуруботн) створили

Таблиця «Дисципліна «право і економіка» у академічному середовищі США та Німеччини»

Структура університетського розкладу (інституціональний фактор)	США	НІМЕЧЧИНА
	Фаховому навчанню юриспруденції звичайно передують отримання в коледжі більш загальної освіти (ступеню бакалавра гуманітарних наук), що передбачає більшу відкритість щодо міждисциплінарних підходів у дослідженнях права; обов'язкове вивчення економічних дисциплін (викладачі-економісти)	Факультативне вивчення економічних дисциплін; тяжіння до окремої спеціалізації фахівців з права та економіки
Ставлення до економічного аналізу права	Провідний науковий напрям (методологія аналізу права) Невід'ємна частина американської правової культури	Один з методів тлумачення права (різновид телеологічного), коректний для випадків, коли ефективність ставиться за основну мету закону Знаходиться на периферії юридичної науки та часто заперечується

Центр вивчення нової інституціональної економіки, що повертає своїми заходами як економістів, так і юристів. Інші німецькі економісти, чий інтерес зосереджується вже на сфері нової політичної економії (Е. Беттхер, Ф. Гердер-Дорнайх, К. Шенк, Д. Дмидтхен), яка також має відношення до дисципліни «право і економіка», збирають у своєму колі економістів, політологів, соціологів та юристів та ін. Лише у незначній кількості юридичних факультетів курс «право і економіка» пропонується на регулярній основі: у Гамбурзі, Бремені та Ганновері. Однак вивчення цього курсу більш-менш добровільне, бо він майже не має значення для двох державних іспитів, які німецький юрист повинен скласти для того, щоб мати можливість стати суддею, прокурором або адвокатом. Замало німецьких студентів мають підготовку у галузі економічної теорії [8, с. 375-376].

Отже, академічне середовище Німеччини аж ніяк не сприяє вивченню дисципліни «право і економіка», бо, виходячи із стереотипів правового мислення німецької судової системи та наукової еліти, які природно мають великий вплив на систему юридичної освіти, постає риторичне запитання – і що потім з цим робити?

Як вже зазначалося, німецька правова система, та, відповідно, система її юридичної освіти та науки, є репрезентативною на європейському континенті, і Україна не є винятком. У вітчизняних навчальних програмах (після)вишівської підготовки юристів вищої кваліфікації відсутні відповідні дисципліни «економіка і право», «інституціональна економіка» тощо. Хоча, як свідчить досвід США, справжня реформа у юридичній освіті, яка призвела до реконструкції тамтешньої правової теорії, почалася з того, що юристи почали опановувати економічний аналіз (чиказька школа ЕАП) [9].

Особливу значущість дисципліна «економіка і право» набула тому, що економічні принципи аналізу права почали застосовувати не тільки економісти, але й юристи (наприклад, юрист Гуїдо Калабрезі у 1960-70-х рр. досліджував деліктне право з економічної точки зору). Юрист Генрі Менн у 1976 р. організував двотижневі інтенсивні курси для суддів з вивчення мікроекономіки. Попри їх

критику за ідеологічне тяжіння до чиказької школи та фінансування великими корпораціями, до 1983 р. їх закінчили приблизно третина федеральних суддів, а до 1990 р. – близько 40%. У 1972 р. юрист Ричард Познер заснував «Журнал правових досліджень» з фокусом на проблемах ЕАП, які тепер дискутувались переважно серед юридичної спільноти. Монографія Р. Познера «Економічний аналіз права», що її вперше було опубліковано у 1973 р., стала першим базовим підручником з відповідної дисципліни. Без перебільшення, більш ніж за 40 років розвитку ЕАП, він став невід'ємним елементом американської правової культури [9].

Як зазначає К. Кірхнер, існує три рівня, на яких підхід «право і економіка» можливо запровадити до системи права (правового аналізу): 1) як інструмент законотворчості на рівні законодавця; б) як аналітичний інструмент для критики та перегляду законодавства та судових рішень; 3) як складова частина правової інтерпретації. Але перші два рівня є недостатніми та замалими, і доля ордолібералізму та соціологічної школи є тому яскравим підтвердженням. Справжній інтеграції дисципліни «право і економіка» у правову систему може сприяти обрання її методів для правової інтерпретації, і головна проблема, з якою стикається цей шлях, – зовнішні цінності не приймаються в якості складової процесу інтерпретації. Але це, здавалося б, замкнуте коло протиріч можна подолати зміною ракурсу сприйняття ЕАП як аналітичного інструменту визначення витрат правових рішень, наприклад, інтерпретацій правової норми (про це зазначало вище, коли одна ситуація має декілька формально-законних варіантів вирішення – прим авт. О.В.), та використовуватися для включення суджень про ці витрати до методів правової інтерпретації. Головна перевага підходу «право і економіка», у порівнянні з іншими та просто здоровим глуздом, полягає у тому, що за його допомогою можна формулювати реалістичні (такі, що перевіряються) гіпотези про наслідки альтернативних правових рішень [8, с. 390-392].

Але безумовно, для того, щоб хоча б один із рівнів запровадження ЕАП до правової системи відбувся, зокрема, у вітчизняних

АНОТАЦІЯ

У статті розглянуто проблеми запровадження дисципліни економічного аналізу права до вітчизняної правової системи. Визначено концептуальні та інституціональні труднощі сприйняття цієї методології у країнах континентальної правової традиції. Запропоновано зміни в науково-освітньому просторі у напрямку оволодіння юристами економічним аналізом та залучення до міжнародного руху «економіка і право».

SUMMARY

In the article the problem of introducing the discipline of economic analysis of law in the domestic legal system. Defined conceptual and institutional challenges the perception of this methodology in continental legal tradition. Proposed changes in the scientific and educational space in the direction of mastering legal and economic analysis of joining the international movement "economics and law."

реаліях, насамперед, цю дисципліну потрібно ввести до економіко-правового дискурсу (юридичної дискусії), що неможливо без освітніх реформ.

Таким чином, європейська інтеграція освітнього простору України потребує залучення до дискусій світового рівню, однією з яких є рух «право і економіка». Але без оволодіння відповідною науковою мовою – економічним інструментарієм правової інтерпретації – навряд чи схвалення або заперечення методології економічного аналізу права будуть виглядати переконливо та мати якийсь сенс для розвитку науки і перетворень в українському суспільстві. Для переходу від рівню учнівського сприйняття цієї методології до реальної полеміки на рівні закордонних авторів потребуються реформи в освітніх програмах, які повинні передбачати оволодіння юристами економічним аналізом (інституціональним підходом). Догматична традиція правової інтерпретації вичерпала свій ресурс для змістовного розвитку системи вітчизняного права. Тому, якщо вітчизняна юридична наука має амбіції міжнародного рівню щодо власного унікального шляху (бачення) забезпечення правового розвитку українського суспільства, потрібно прагнути опанувати відповідні дослідницькі програми (з можливістю їх вдосконалення), які відповідають сучасним досягненням світової наукової думки.

Література

1. Джунь В. Методологічні питання дослідження господарського права / В. Джунь // Вісник Академії правових наук України. – 2010. – № 1. – С. 154-168.
 2. Воловик О.А. Економічний аналіз права: потенціал та проблеми використання у правових дослідженнях / О.А. Воловик // Юридична Україна. –

2012. – № 10. – С. 56-59; Воловик О.А. Особливості розвитку і сучасні проблеми економічного аналізу права / О.А. Воловик // Актуальні проблеми права: теорія та практика. – 2012. – № 24. – С. 589-595.

3. Тамбовцев В.А. Право и экономическая теория: Учеб. пособие / В.А. Тамбовцев. – М.: ИНФРА-М, 2005. – 224 с.; Одинцова М.И. Экономика права: учеб. пособие / М.И. Одинцова. – М.: Изд. Дом ГУ-ВШЭ, 2007. – 430 с.

4. Познер Р.А. Экономический анализ права / пер. с англ. под. ред. В.А. Тамбовцева. – СПб., Экономическая школа, 2004, в 2-х т., Т. 1. – 544 с., Т. 2. – 464 с.

5. Яковлева С.В. Экономический анализ норм предпринимательского права / С.В. Яковлева // Предпринимательское право: вызовы времени. Научные труды кафедры предпринимательского права: Выпуск 1 / Под общ. ред. Олейник О.М., Фогельсона Ю.Б. – М.: ГУ-ВШЭ, 2009. – С. 12-37.

6. Институциональная экономика: Новая институциональная экономическая теория: Учебник / Под ред. А.А. Лузана. – 2-е изд. – М.: ИНФРА-М, 2011. – 447 с.

7. Знаменський Г.А. Про методологію правотворчості без лукавства і спекуляцій / Г.А. Знаменський // Юридичний вісник України. – 2011. – № 19 (7-13 травня).

8. Кирхнер К. Трудности восприятия дисциплины «право и экономика» в Германии / К. Кирхнер // Истоки: Экономика в контексте истории и культуры / Редкол.: Я.И. Кузьминов (гл. ред.), В.С. Автономов (зам. гл. ред.), О.И. Ананьин и др. – М.: ГУ ВШЭ, 2004. – С. 368-392.

9. Грехениг К., Гелтер М. Трансатлантические различия в правовой мысли: американский экономический анализ права против немецкого доктринализма // Вестник гражданского права. – 2010. – № 6 (том 10). – С. 207-278. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.juristlib.ru/book_7122.html

10. Карапетов А.Г. Политика и догматика гражданского права: исторический очерк / А.Г. Карапетов // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2010. – № 4. – С. 6-69.

11. Нуреев Р., Латов Ю. Что такое зависимость от предшествующего развития и как ее изучают российские экономисты [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://rustem-nureev.ru/wp-content/uploads/2011/01/281.pdf>