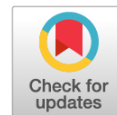


# Влияние экономического анализа права на юридическое мышление



**Королёва Екатерина Артуровна,**

старший преподаватель кафедры социально-экономических дисциплин и сервиса Санкт-Петербургского государственного университета гражданской авиации (Санкт-Петербург)  
E-mail: [katik@mail.ru](mailto:katik@mail.ru)

**Аннотация.** В статье рассмотрены основные положения книги Ричарда Познера «Как думают судьи», являющейся, по собственной оценке автора книги, попыткой американского ученого постичь мотивы, которыми руководствуются судьи при вынесении судебных решений. Акцент Познера на психологии приводит к тому, что книга дает право рассуждать о том, как судьи думают, а не о судебном поведении: учитываются черты характера, темперамент, раса и пол, а также личный и профессиональный опыт. Из всего вышперечисленного Ричард Познер делает вывод, что судьи руководствуются рациональностью поступков и принятых решений. Поэтому особое внимание в данной статье уделено понятию рациональности с точки зрения самого Познера, а также оценке этого понятия с точки зрения российских ученых В.Л. Тамбовцева и Л.В. Сморгунова, поскольку понятие рационального выбора раскрывает суть экономического анализа права. Особого внимания заслуживают рассуждения о том, что, по мнению Ричарда Познера, рациональный выбор не обязательно должен быть безошибочен в условиях недостатка информации или сложности ее сбора и анализа. Приведены рассуждения Генри Беккета, как одного из основоположников экономического анализа права, о рациональности при совершении правонарушения. Также в статье рассмотрены факты, позволяющие говорить о том, что в настоящее время экономический анализ права вышел далеко за рамки первоначального внимания к антимонопольному регулированию, налогообложению, регулированию коммунального хозяйства, корпоративным финансам и другим привычным областям. Круг вопросов, способных быть разрешенными посредством экономического анализа права, намного шире и разнообразнее. По результатам рассуждений дана оценка использования экономического анализа права и категории рациональности в правовой сфере.

**Ключевые слова:** экономический анализ права, рациональность, эффективность, прагматизм, позитивное право.

**Ю**ридические понятия и выводы, как правило, получают свой смысл через связь с множеством других понятий и знаний, которая создает благоприятные возможности для интерпретации законов, норм и конкретных деяний, для принятия судебных решений. Кодекс судейской этики РФ говорит, что судья при рассмотрении дела обязан придерживаться независимой и беспристрастной позиции и осуществлять судебские полномочия исходя исключительно из оценки фактических и правовых обстоятельств дела, в соответствии с внутренним убеждением<sup>1</sup>.

О юридическом мышлении, с точки зрения такого рода убеждений, идет речь в книге

Ричарда Познера «Как думают судьи»<sup>2</sup>. Ричард Познер — один из влиятельнейших ученых в США в области экономического анализа права, автор около 40 книг по юриспруденции, философии права и другим вопросам, таких как «Проблемы юриспруденции», «Преодолевая Закон», «Закон, прагматизм и демократия» и «Проблемы нравственности и теории права». В 1981 г. Познер заступил на должность судьи Апелляционного суда седьмого судебного округа Чикаго и проработал там 36 лет (из них 7 лет в качестве председательствующего), пока в 2017 г. не объявил о своей отставке. Тогда многие написали, что вместе с Познером уходит эпоха: не случайно в 1999 г. «Нью-Йорк таймс» назвал его одним из наиболее уважаемых судей в США. Познер единственный из судей

<sup>1</sup> «Кодекс судейской этики» (утв. VIII Всероссийским съездом судей 19.12.2012) (ред. от 08.12.2016). Глава 3 статья 8 п. 2. URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_139928](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_139928) (дата обращения: 29.05.2019).

<sup>2</sup> Posner, Richard A. How Judges Think. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008.

апелляции в седьмом судебном округе Чикаго, кто время от времени добровольно исполнял функции судьи в нижестоящих судах, «чтобы не утрачивать связи с реальностью», как он сам отмечает<sup>3</sup>.

Ричард Познер говорит, что книга «Как думают судьи» приоткрывает занавес в мир судебных решений. Причины неверного понимания судебного поведения Познер видит отчасти в собственном желании судей сохранять таинственность процесса принятия решения. Секретность судебных разбирательств является примером профессиональной мистификации. Такие профессии, как юриспруденция и медицина, предоставляют важные услуги, которые трудно понять и оценить посторонним. Профессионалам это нравится, потому что помогает им поддерживать привилегированный статус. Познер утверждает, что судьи убедили многих людей, в том числе и самих себя, в том, что они используют только им понятные материалы и методы, чтобы строить доктрины, не омраченные политикой или невежеством. Автор высказывает точку зрения, что судебный менталитет не представлял бы большого интереса, если бы судьи применяли четкие нормы права, созданные законодателями, административными органами и другими внесудебными источниками, к фактам, которые судьи и присяжные определяют без предвзятости или предубеждений. Тогда судей можно будет заменить цифровыми программами искусственного интеллекта. Однако надо отметить, что, даже имея все вышеперечисленное, представителям романо-германской системы права не менее интересно, чем руководствуются судьи при вынесении решений, сильно варьирующихся подчас в рамках одних норм.

Начинает автор с обсуждения существующих теорий объяснения поведения (мировоззренческой, стратегической, организационной, экономической, психологической, социологической, прагматической, феноменологической и легалистической) и аргументов за и против каждой. И именно акцент, который он делает на психологии, приводит к тому, что книга дает право рассуждать о том, как судьи думают, а не о судебном поведении. Познер учитывает черты характера, темперамент, расу и пол, а также личный и профессиональный опыт. Политические или идеологические факторы, влияющие на вынесение судебного решения, сами по себе могут быть побочными продуктами личных факторов, а не продуктами общественных

проблем (например, есть разница в вынесенных решениях судьи, бывшего ранее адвокатом или прокурором). Кроме того, в судебных решениях учитываются стратегические соображения, которые не обязательно связаны с политическими взглядами или личными особенностями судьи. Судья может присоединиться к позиции обществу по резонансному делу не потому, что он согласен с ним, а потому, что он считает, что публичное несогласие усилит эффект, привлекая к нему внимание.

В итоге, не удовлетворившись доводами ни одной поведенческой теории, Познер пишет о том, что есть рациональность поступков и принятых решений. И каждая индивидуальная рациональность приводит к единой общественной эффективности. По мнению российского ученого Л.В. Сморгунова, «теория рационального выбора ориентирована на активную роль человека при его столкновении с нормами: человек устанавливает нормы и действует в их границах, выбирая выгодное для себя поведение. В этом отношении теория рационального выбора заменяет идею «социологического человека» идеей «экономического человека». Вместо человека, чувствительного к окружающей среде, исполняющего системные роли и осуществляющего адаптивное поведение, теория рационального выбора ставит максимизатора своих частных интересов»<sup>4</sup>.

Из рационального поведения индивидуума рождается понятие «экономического анализа права», которое представляет собой развитие идей теории рационального выбора. Эта теория пытается исходить из строгих теоретических моделей и объяснять человеческое поведение на основе небольшого числа теоретических предположений относительно «рациональности человеческого поведения». Такие положения, как правило, касаются максимизации пользы, последовательности рационального действия, принятия решений в ситуации неопределенности, главенствующей роли принципа методологического индивидуализма при объяснении результатов коллективного действия, а также неизменности структуры вкусов и предпочтений действующих лиц.

Одним из первых теорию рационального выбора в современном понимании разработал Генри Беккер. Он описывает это осознание рационального поведения преступника в знаменитой Нобелевской речи, произнесенной им в 1992 г. в Стокгольме: «Я начал думать о преступности в 1960-х после моей поездки

<sup>3</sup> John Cassidy. Interview with Richard Posner. The New Yorker, 13.01.2010. URL: <https://www.newyorker.com/news/john-cassidy/interview-with-richard-posner> (дата обращения: 11.10.2018).

<sup>4</sup> Сморгунов В.Л. Теория рационального выбора и сравнительная политология // Рациональный выбор в политике и управлении / Под ред. В.Л. Сморгунова. СПб., 1998. С. 5.

в Колумбийский университет для проведения устного экзамена по экономической теории. Я сильно опаздывал и должен был быстро решить, поставить машину на стоянке или рискнуть и получить штраф за незаконную парковку на улице. Я вычислил вероятность получения штрафа, его размер и учел стоимость платной парковки. Я решил, что стоит рискнуть и припарковался на улице. Штраф мне так и не выписали. Когда я шел несколько кварталов в экзаменационный кабинет, мне пришло в голову, что городские власти, вероятно, также проводят подобный анализ. Частота их проверок припаркованных транспортных средств и размер штрафа на нарушителей должны зависеть от расчетов потенциальных нарушителей, каким был я»<sup>5</sup>.

Возникают вполне закономерные вопросы: что такое рациональность, какое решение можно назвать рациональным, является ли эффективность следствием рациональности? Сам Ричард Познер в своих исследованиях эффективности и рациональности понимает под рациональностью выбор наилучшего из имеющихся средств для достижения целей, которые ставит перед собой выбирающий<sup>6</sup>. Также Познер говорит, что рациональный выбор не обязан быть сознательным выбором и не требует большей по площади коры головного мозга, и подтверждает это рассуждениями о крысах, которые не менее рациональны чем человек, если рассматривать рациональность как достижение целей с наименьшими затратами. Отдельно Познер обращает внимание на то, что рациональность не обязательно предполагает обладание полной информацией. А из этого следует, что не предполагает и безошибочности суждений на основе этой информации, поскольку сбор и анализ информации обходится дорого (особенно, если рассматривать затраченное время как ресурс). Поэтому, согласно Познеру, решение, принятое исходя из неполной информации и приведшее к неверным результатам, не является иррациональным<sup>7</sup>.

То, что экономика связана с правом, было известно еще со времен обсуждения собственности Гоббсом в 17 столетии. И Д. Юм, и А. Смит изучали экономическую функцию права. Одной из первых правовых областей, подвергшихся влиянию экономического анализа, стало антимонопольное законодательство

США. Познер пишет, что до 1950-х гг. в США экономика антимонопольного права была плохо изучена даже в юридических школах и на экономических факультетах<sup>8</sup>.

В настоящее время ведущие школы права США имеют в своем штате минимум одного экономиста с ученой степенью. Семь журналов (шесть американских, один европейский) специализируются на экономическом анализе права. Есть несколько учебников, обширная монографическая литература, две энциклопедии и профессиональные ассоциации в США, Европе и Латинской Америке<sup>9</sup>. Благодаря успехам в экономическом анализе и с изменениями в общественном мнении о свободном рынке был достигнут консенсус, что антимонопольное законодательство должно заботиться только об экономической эффективности. Ричард Познер пишет, что такой консенсус не достигнут в большинстве областей права. Он отмечает, что прогресс в антимонопольном праве ничем не обязан легализму. Судьи не научились более внимательно читать закон Шермана. Вместо этого они узнали больше о том, как работает экономика. Когда право рассматривается как самостоятельная дисциплина, совершенствование невозможно. Эволюция антимонопольного права — это триумф прагматизма<sup>10</sup>.

Экономическая теория судебного поведения рассматривает судью как рационального, заинтересованного максимизатора полезности. У него есть «функция полезности», так экономисты называют комплекс целей, направляющих рациональные действия. «Аргументы» функции судебной полезности включают денежные доходы, досуг, власть, престиж, репутацию, самоуважение, внутреннее удовольствие от работы и другие удовлетворения, которые люди ищут в работе. Ряд аспектов рассмотренных теорий судебного поведения может быть отнесен к экономической теории.

Судебная власть США носит иерархический характер, однако судьи всех уровней занимают как рутинными, так и сложными, нетрадиционными вопросами. По мнению Познера, судебная деятельность может быть значительно улучшена за счет подготовки судей в области экономики.

В настоящее время экономический анализ права вышел далеко за рамки первоначального внимания к антимонопольному регулированию, налогообложению, регулированию коммунального хозяйства, корпоративным

<sup>5</sup> Becker G.S. The Economic Way of Looking at Life. Nobel Lecture, December 9, Stockholm. 1992. P. 5

<sup>6</sup> Рубежи теории права / Пер. с англ. И.В. Кушнаревой; под ред. М.И. Одинцовой; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2017. С. 272.

<sup>7</sup> Там же С. 273.

<sup>8</sup> Posner, Richard A. How Judges Think. P. 375.

<sup>9</sup> Рубежи теории права. С. 9.

<sup>10</sup> Posner, Richard A. How Judges Think. P. 376.

финансам и другим областям экономического регулирования<sup>11</sup>.

Как говорит В.Л. Тамбовцев, экономический подход к праву существенно изменяет сам характер рассуждений о праве, что вызвано проникновением экономического мышления в данную область<sup>12</sup>. Для классической юриспруденции в значительной мере был характерен юридический позитивизм, когда решение законодателя принимается как данность, фактически не подлежащая обсуждению с точки зрения его социальных или экономических функций: закон таков, каков он есть («закон суров, но это закон»), а обсуждения и анализа достойны только проблемы его применения, включая соответствие ранее принятым нормам. По мнению Тамбовцева, экономическому стилю мышления свойственна альтернативность, этот стиль стремится к сопоставлению различных вариантов достижения целей, сравнению результатов и издержек. Таким образом, закон не следует воспринимать как «объективную реальность», он не более, чем один из альтернативных путей достижения цели, о нем можно и нужно рассуждать с точки зрения эффективности реализации соответствующей цели<sup>13</sup>.

Ричард Познер раскрывает теорию экономического анализа права с точки зрения теории Рональда Коуза<sup>14</sup>, описанной в его статье<sup>15</sup>: когда рыночные трансакционные издержки равны нулю, установленное законом первоначальное распределение прав никак не влияет на эффективность, потому что в случае неэффективного распределения, стороны могут это исправить при помощи трансакции, которая нейтрализует действие закона. Из этой теории можно сделать два вывода: во-первых, право в случае заинтересованности поддержания экономической эффективности должно стремиться минимизировать трансакционные издержки, например: четко определить права собственности, упростить их передачу, создать эффективные и дешевые превентивные средства нарушения договоров; во-вторых, если после всех усилий законодателя рыночные трансакционные издержки остаются высокими, закону следует имитировать рыночное размещение ресурсов, передавая

права собственности тем пользователям, которые смогут применять их наиболее эффективно.

Следует различать два направления экономического анализа права: позитивный и нормативный. Позитивный экономический анализ права описывает человека, реакцию человека на действующее право и прогнозирует его поведение. Позитивный анализ права не вмешивается в право как таковое, а берет его как данное. Нормативный анализ решает, как может быть закон улучшен, чтобы он стал эффективным. Данный анализ основан на предположении, что эффективность является целью права и что правовые нормы должны быть изменены, если они этой цели не соответствуют<sup>16</sup>. Оба вида анализа имеют право на существование. Позитивный анализ остается индифферентным по отношению к праву. Нормативный анализ пытается достичь оптимальной правовой нормы, для чего оценивает действующее право, используя позитивный анализ<sup>17</sup>.

Соединение экономики и права полезно и для нормотворческого процесса, и для правоприменения. Экономический анализ важен для осуществления правовых реформ, улучшения как отдельных правовых актов, так и всей системы, обеспечивающей их проведение в жизнь.

В России настороженно относятся к проникновению таких экономических категорий, как «выгода», «рациональность», «прагматизм», в юридическую область, хотя само существование арбитражных судов говорит о признании специфичности сочетания права и экономики. В конечном итоге обе эти отрасли направлены на достижение эффективности. Многие склонны ассоциировать экономику с деньгами, капитализмом, эгоизмом. Однако экономический анализ по большей части сводится к отслеживанию последствий предположения о том, что люди рациональны в своих решениях. В такой перспективе можно говорить, что экономический анализ права представляет собой новаторское и интересное направление развития правовой сферы.

## Список литературы

1. Лаврушин К.В. Экономический анализ права // Вопросы современной юриспруденции: сб. ст. по матер. ЛП междунар. науч.-практ. конф. № 9(49). Новосибирск: СибАК, 2015.
2. Рубежи теории права / Пер. с англ. И. В. Кушнарева; под ред. М.И. Одинцовой; Нац. исслед. ун-т

<sup>11</sup> Posner, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Seventh Edition. Wolters Kluwer Law & Business, 2007. P. 15.

<sup>12</sup> Тамбовцев В.Л. Что выбираем: юридический позитивизм или экономический империализм? // Новая юстиция. Журнал судебных прецедентов. М., 2009. № 3(4). С. 30.

<sup>13</sup> Там же. С. 31.

<sup>14</sup> Рубежи теории права. С. 9.

<sup>15</sup> Coase R.H. *The Problem of Social Cost* // *Journal of Law and Economics*. 1960. Vol. 3. P. 1.

<sup>16</sup> Miceli, T.J. *Economics of the law*. Oxford New York: Oxford University Press, 1999. P. 3.

<sup>17</sup> Лаврушин К.В. Экономический анализ права // Вопросы современной юриспруденции: сб. ст. по матер. ЛП междунар. науч.-практ. конф. № 9(49). Новосибирск: СибАК, 2015.

- «Высшая школа экономики». М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2017. 480 с.
3. Сморгун В.Л. Теория рационального выбора и сравнительная политология // Рациональный выбор в политике и управлении / Под ред. В.Л. Сморгунова. СПб., 1998. С. 3–35.
  4. Тамбовцев В.Л. Что выбираем: юридический позитивизм или экономический империализм? // Новая юстиция. Журнал судебных прецедентов. М., 2009, № 3(4). С. 30–39.
  5. Becker G.S. The Economic Way of Looking at Life. Nobel Lecture, December 9, Stockholm. 1992. 33 P. URL: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1509&context=law\\_and\\_economics](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1509&context=law_and_economics) (дата обращения: 29.05.2019).
  6. Coase R.H. The Problem of Social Cost // Journal of Law and Economics. 1960. Vol. 3. 45 P. URL: <http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf> (дата обращения: 29.05.2019).
  7. John C. Interview with Richard Posner // The New Yorker. 13.01.2010. URL: <https://www.newyorker.com/news/john-cassidy/interview-with-richard-posner> (дата обращения: 11.10.2018).
  8. Miceli T.J. Economics of the law. Oxford New York: Oxford University Press, 1999. P. 3.
  9. Posner, Richard A. How Judges Think. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008. 387 p.
  10. Posner, Richard A. Economic Analysis of Law. Seventh Edition. Wolters Kluwer Law & Business, 2007. 787 p.

---

---

## The Impact of Economic Analysis of Law on Legal Thinking

**Koroleva Ekaterina,**

Senior Lecturer of Department of Social and Economic Disciplines  
and Service St.-Petersburg State University  
of Civil Aviation, Saint Petersburg  
E-mail: [katik@mail.ru](mailto:katik@mail.ru)

**Abstract.** *The article deals with the main provisions of Richard Posner's book "How judges think", which is, according to the author's own assessment, an attempt by an American scientist to understand the motives that guide judges in making judgments. The emphasis Posner puts on psychology leads to the fact that the book gives the right to talk about how judges think, not about judicial behavior: considering traits, temperament, race and gender, as well as personal and professional experience. From all the above Richard Posner concludes that judges are guided by the rationality of actions and decisions. Therefore, special attention in this article is paid to the concept of rationality from the point of view of Posner himself, as well as the assessment of this concept from the point of view of Russian scientists V.L. Tambovtsev and L.V. Smorgunov, since this concept of rational choice reveals the essence of economic analysis of law. Special attention should be paid to the argument that according to Richard Posner, rational choice does not have to be without error in the conditions of lack of information or the complexity of its collection and analysis. The arguments of Henry Beckett, as one of the founders of the economic analysis of law, on rationality in the Commission of an offense are given. Also, the article considers the facts that allow to state that at present the economic analysis of the law has gone far beyond the initial attention to Antimonopoly regulation, taxation, regulation of public utilities, corporate Finance and other usual areas of economic regulation, the range of issues that can be resolved through economic analysis of the law is much wider and more diverse. According to the results of races-judgements and the estimation of economic analysis of law and the category of rationality in the legal field.*

**Key words:** *economic analysis of law, rationality, efficiency, pragmatism, positive law.*

### References

1. Lavrushin K.V. Economic analysis of law // Problems of modern law: collection of articles in mater. LIII international science.-prakt. Conf. No. 9(49). Novosibirsk: Sibak, 2015.
2. Frontiers of legal theory / Per. from English. I.V. Kushnareva; ed. by M.I. Odintsov; NAT. research. University "Higher school of Economics". Moscow, 2017. 480 p.
3. Smorgunov V.L. Rational choice theory and comparative politics // Rational choice in politics and governance / ed. by V.L. Smorgunov. Saint-Petersburg, 1998. P. 3-35.
4. Tambov V.L. What do we choose: legal positivism or economic imperialism? // New justice. Journal of case law. Moscow, 2009, No. 3(4). P. 30-39.
5. Becker G.S. The Economic Way of Looking at Life. Nobel Lecture, December 9, Stockholm. 1992. 33 p. URL: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1509&context=law\\_and\\_economics](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1509&context=law_and_economics) (accessed: 29.05.2019)

6. Coase R.H. The Problem of Social Cost // Journal of Law and Economics. 1960. Vol. 3. 45 p. URL: <http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf> (accessed: 29.05.2019).
  7. John C. Interview with Richard Posner // The New Yorker. 13.01.2010. URL: <https://www.newyorker.com/news/john-cassidy/interview-with-richard-posner> (accessed: 11.10.2018).
  8. Miceli, T.J. Economics of the law. Oxford New York: Oxford University Press, 1999. P. 3.
  9. Posner, Richard A. How Judges Think. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008. 387 p.
  10. Posner, Richard A. Economic Analysis of Law. Seventh Edition. Wolters Kluwer Law & Business, 2007. 787 p.
- 
- 
- 
- 
- 
-