

СПРОС НА ПРАВО И ДИСПОЗИТИВНОСТЬ РЕГУЛИРОВАНИЯ: ЭКОНОМИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ ПРАВА

© 2016 г. Степанов Д.И.*

Все права защищены.

Готовится к опубликованию в 2016 г.

В настоящей статье с позиций течения «право и экономика» предлагается рассматривать право как благо, подчиняющееся законам спроса и предложения. Автор анализирует взаимодействие между участниками оборота, использующими национальное право, и теми, кто производит право (законодатели, судьи, ученые-правоведы), как связь по модели «спрос – предложение», при этом диспозитивность или отсутствие излишней зарегулированности вкупе с эффективной судебной защитой оказываются ключевым фактором, предопределяющим спрос на право. Право, по мысли автора, как всякое публичное благо всегда производится не в том объеме, как оно реально нужно обороту, а в значительно меньшем, то есть спрос на право всегда выше, чем его предложение. В ответ на недопроизводство права участники оборота могут не только покорно взирать на текущую ситуацию, но также в силу некоторой эластичности спроса на формализованное право находить ему альтернативы: от ухода в сторону неправовых, главных образом, коррупционных построений, до сворачивания деловой и иной активности, подлежащей регламентации правом, или обращения к иностранному праву как субституту национального права. Подобные альтернативные практики порождают издержки не только для участников оборота, но и для национальных правительств, в конечном счете сокращая значимость национального суверенитета. Обращение участников оборота к иностранному праву также подчиняется экономической логике теории сравнительных преимуществ, причем чем дальше, тем больше растет разрыв между предложением права продвинутыми правопорядками и аутсайдерами. Спрос на право в любом случае будет удовлетворен, вопрос какой ценой, какими средствами и в какой юрисдикции.

Ключевые слова: спрос на право, диспозитивность, регулирование, экономический анализ права, безвозвратные потери, корректирующие налоги, конкуренция правопорядков.

* Автор выражает огромную благодарность С.Б. Авдашевой за детальнейшие комментарии, благодаря которым работа была существенно переработана, С. Дянкову за обсуждение отдельных вопросов, нашедших отражение в статье, а также А.Г. Карапетову за высказанные в ходе доработки статьи замечания и предложения.

I. ВВЕДЕНИЕ.

Диспозитивность правового регулирования обычно рассматривается в российской юридической литературе как отличительная черта метода правового регулирования, свойственного частному праву,¹ если не сказать больше, как характерная черта всего частноправового вообще. Однако уровень диспозитивности – больше или меньше – величина подвижная как внутри частного права (она может существенно различаться от института к институту или с течением времени), так и фактор, который может характеризовать не только частное право, но также и публично-правовые институты, особенно, если они так или иначе связаны с регулированием имущественных отношений. Тем самым диспозитивность регулирования, пусть она и типична для частного права, может быть рассмотрена как общая черта любого правового регулирования имущественных отношений. Кроме того, диспозитивность не может быть описана в системе двоичного кода (ноль или единица, когда она либо есть, либо ее нет), она всегда присутствует, даже в самых неразвитых или авторитарных правопорядках, вопрос в каком объеме. Диспозитивность это всегда некоторый спектр от меньшего к большему, от слабого уровня диспозитивности к более сильному – весь вопрос на какой части такого спектра располагается тот или иной правовой институт, отрасль права, наконец, национальный правопорядок. Соответственно, в настоящей работе диспозитивность правового регулирования рассматривается в более широком контексте – не только как атрибут частного права, но и правовой системы вообще. Понятно, что для частного права проблематика общего уровня диспозитивности представляет сравнительно больший интерес, чем для прочих отраслей права. В публичном праве вместо диспозитивности, видимо, правильнее вести речь об ином претворении той же идеи: отсутствии излишней зарегулированности имущественных отношений либо минимальной доли непродуманного, экономически неэффективного (в смысле Парето эффективности²) регулирования. Далее оба аспекта этой проблемы – диспозитивность в частном праве и гибкость регулирования в публичном – для простоты последующего изложения анализируются как общая диспозитивность регулирования.

¹ Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. 2-е изд., доп. – М.: Статут, 2006, С. 82-180.

² Louis Kaplow, *Pareto Principle and Competing Principles*, in: STEVEN N. DURLAUF AND LAWRENCE E. BLUME EDS., *THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS* (2nd ed., Palgrave Macmillan, 2008), online edition available at: http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008_P000315 [22.10.2015].

Если диспозитивность – это черта правового метода, то есть признак того права, которое предлагается участникам оборота, то свобода договора отчасти есть продолжение диспозитивности, однако это также и защита частной инициативы: когда стороны договариваются о чем-то своем вместо того, что им предлагала диспозитивная норма частноправового закона, либо создают для себя уникальные правовые построения себя на будущее, даже если наличное позитивное право не предлагало им до чего-либо похожего. Тем самым принцип свободы договора оказывается комплементарным диспозитивности в частном (позитивном) праве коль скоро правопорядок уважает свободу договора наравне с нормами позитивного права: если договоренностям сторон придается такая же защита, как и закону или судебным прецедентам, то национальному правопорядку, в общем, не нужно создавать множество детальных правовых построений, рассчитанных на все случаи жизни, вместо этого достаточно обеспечить судебную защиту договоренностей сторон соглашения, ведь их договоренности в таком случае будут выполнять ту же роль, что и нормы права, более того, такие построения будут учитывать специфику отношений сторон, которую ни один, даже самый продвинутый законодатель или судья не мог бы учесть наперед. В публичном праве о какой-либо свободе договоре, естественно, говорить не приходится, а потому для публичного права эта проблематика иррелевантна. Для публичного права более существенным оказывается стабильность и предсказуемость, прогнозируемость правоприменения: участники оборота заинтересованы в стабильном применении норм публичного права правоприменителями, что в известном смысле оказывается прямым аналогом – для целей публичного права – того, что в частном праве выполняет судебная защита договоренностей сторон (и там, и там суды обеспечивают стабильность и прогнозируемость правовых ожиданий).

Уровень диспозитивности в правовом регулировании, равно как и эффективная защита принципа свободы договора (а для публичного права – можно продолжить – также предсказуемость и стабильность правоприменения), может быть в таком случае представлены как фактор, определяющий спрос на право в рамках конкретного правопорядка.³ Именно изучению подобной взаимосвязи посвящается настоящая

³ О спросе на право в последнее время стало говорить все больше российских ученых, недавно этому даже была посвящена специальная научная дискуссия – см.: Пленарное заседание «Спрос на право: факторы и движущие силы» на XVI Апрельской Международной научной конференции, размещено: <http://thewallmagazine.ru/demand-for-the-right>; текст доклада А.А. Иванова на эту тему размещен по адресу: <http://conf.hse.ru/2015/program> [01.11.2015]. В зарубежной литературе подобная проблематика

работа, написанная с позиций т.н. экономического анализа права (*law & economics, economic analysis of law*) – междисциплинарного подхода к изучению права, давно уже ставшего мейнстримом в западных правовых порядках, однако, у нас лишь пробивающим себе дорогу.

Последующее изложение разбивается на несколько смысловых блоков: в первой части дается общее описание модели спроса и предложения применительно к праву, а также рассматривается специфика спроса на право как на публичное благо, во второй – факторы, задающие различную эластичность спроса и предложения и недопроизводство государством и его институтами права в необходимом объеме, в третьей предлагается аналогия между императивностью регулирования и корректирующими налогами (налоги Пигу) как факторами, сокращающими полезность права, далее, в четвертой части раскрывается экономическая и правно-политическая проблематика конкуренции правовых порядков, а также почему экономическая теория сравнительных преимуществ Рикардо так прекрасно объясняет бегство бизнес-отношений в иностранные правовые порядки, наконец, в пятой части предлагаются некоторые решения, которые в логике экономического анализа права позволяют поднять конкурентоспособность национального права и сократить разрыв с наиболее развитыми юрисдикциями.

II. СПРОС НА ПРАВО И ЕГО СПЕЦИФИКА В СРАВНЕНИИ СО СПРОСОМ НА ИНЫЕ БЛАГА.

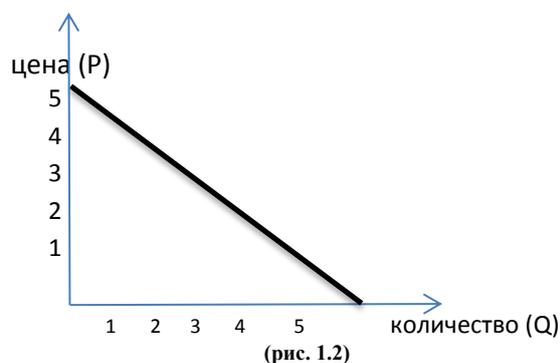
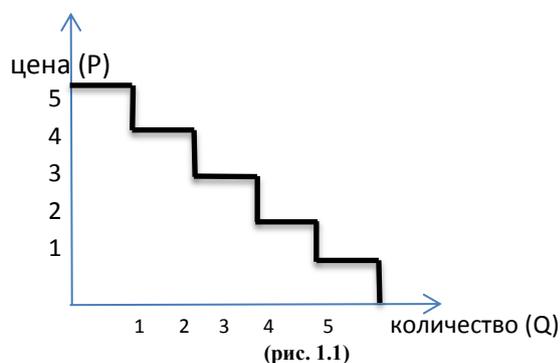
Начальный пункт экономической теории, по крайней мере, в части, относящейся к микро-экономике, – это ограниченность⁴ ресурсов: коль скоро объем материальных, а равно и нематериальных ресурсов, доступных для человечества, не безграничен, а

рассматривается в различных срезках, из наиболее интересных можно отметить как пионерные статьи Стиглера и Познера, так и ряд иных публикаций: George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 BELL J. ECON. & MAN'T SCI. 3, 5-13 (1971); Richard A. Posner, *Theories of Economic Regulation*, 5 BELL J. ECON. & MAN'T SCI. 335, 344-50 (1974); BRUCE BENSON, *THE ENTERPRISE OF LAW: JUSTICE WITHOUT THE STATE* (San Francisco: Pacific Research Institute for Public Policy, 1990); NEIL K. KOMESAR, *LAW'S LIMITS: RULE OF LAW AND THE SUPPLY AND DEMAND OF RIGHTS* (Cambridge University Press, 2001); ROBERT COOTER AND THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMICS* (6th ed., Pearson, 2013); Jonathan R. Macey, *Public and Private Ordering and the Production of Legitimate and Illegitimate Legal Rules*, 82 CORNELL L. REV. 1123, 1132-7 (1997); Kathryn Hendley, *Rewriting the Rules of the Game in Russia: The Neglected Issue of the Demand for Law*, 8 E. EUR. CONST. REV. 89 (1999); Katharina Pistor, *The Demand for Constitutional Law*, 13 CONST'L POL. ECON. 73 (2002); Karla Hoff and Joseph E. Stiglitz, *After the Big Bang? Obstacles to the Emergence of the Rule of Law in Post-Communist Societies*, 94 AM. ECON. REV. 753 (2004); Casey B. Mulligan and Andrei Shleifer, *The Extent of the Market and the Supply of Regulation*, 120 Q. J. ECON. 1445 (2005); Daron Acemoglu and Simon Johnson, *Unbundling Institutions*, 113 J. POL. ECON. 949 (2005); Gillian K. Hadfield, *Higher Demand, Lower Supply? A Comparative Assessment of the Legal Resource Landscape for Ordinary Americans*, 37 FORDHAM URB. L. J. 129 (2010); Michael J. Sechler, *Supply Versus Demand for Efficient Legal Rules: Evidence from Early English "Contract" Law and the Rise of Assumpsit*, 73 U. PITT. L. REV. 161, 161-6, 189-91 (2011).

⁴ See, e.g., N. GREGORY MANKIW, *PRINCIPLES OF MICROECONOMICS* 4 (6th ed., South-Western College Pub., 2011).

пределен, финален, то на любой вид хоть сколько-нибудь ценного материального или иного любого блага всегда больше желающих, чем объем наличных ресурсов, доступных для потребления. Иными словами, поскольку ресурсы не безграничны, на них всегда есть тот или иной *спрос*, понимаемый как совокупность всех возможных вариаций «количество – цена», то есть всех в принципе возможных опций, какое количество конкретного блага готовы приобрести потребители при каждой возможной цене. Величина спроса – это количество блага, которое потребители готовы приобрести по такой-то цене; спрос на благо – это набор всех возможных комбинаций применительно к конкретному благу. Если ресурсы сравнительно легко доступны для населения, то величина спроса на них не будет высокой, напротив, если ресурсы очень важны, но не слишком доступны, то и величины спроса на них будут высокими. Обычно экономисты представляют спрос как зависимость между ценой товара и его количеством: при низкой цене количество товара, которое потребители готовы приобрести, довольно высокое, напротив, при высокой цене за единицу товара количество товара, которое может себе позволить потребитель, невелико. Иными словами, цена и количество находятся в обратной зависимости: чем выше цена, тем меньше количество, напротив, чем ниже цена, тем выше количество, или что тоже самое, высокое количество (большой спрос на товар) предполагает низкую цену, однако с ростом цены количество товара (а значит и спрос на него), доступного потребителю, сокращается и в пределе стремится к нулю.

Графически данную зависимость можно представить на примере пяти разных цен за один и тот же товар: например, если за единицу цены (рубль, тысяч рублей и т.д.) потребитель готов приобрести пять единиц товара, а за пять единиц цены – одну единицу товара, то данная зависимость будет выглядеть как лесенка (рис. 1.1), где переход от одной цены к другой меняет количество или, что, в общем тоже самое (при сглаживании такого перехода) как прямая (рис. 1.2):



График, представляющий зависимость между количеством и ценой⁵ в виде прямой, наиболее просто показывает отмеченную выше специфику любого спроса: чем выше цена, тем меньше количество, и наоборот.

Указанная логика понимания спроса применима, в общем, к любому благу, причем не только к материальному (товару), но и любому благу, имеющему ту или иную ценность для его потенциального потребителя. Поскольку даже нематериальные блага могут иметь определенную ценность, шире – полезность (утилитарность), а их воспроизводство так или иначе ограничено, то для нематериальных благ также можно построить кривую спроса, показывающую зависимость между ценой и количеством доступных благ.

Не исключение в этом смысле право, шире – вся правовая среда: потребители права (обычные граждане – физические лица, коммерсанты, корпорации) порождают спрос на право, без разницы в какой форме (источниках права) оно выражено – позитивное право, судебные прецеденты, доктрина, – при этом количество (спрос) на право коррелирует с ценой, то есть издержками для «потребителей» права. При этом текущий спрос на право – аналогично любому иному благу – определяется двумя составляющими: количеством права (объем правовых установлений, представленных в виде норм позитивного права, судебных прецедентов, доктринальных построений, системы правоприменения, общего уровня уважения прав и свобод, уровня развития правосознания граждан) и ценой права для его потребителей (сколько буквально участники оборота готовы отдавать на развитие позитивного права, судебной системы и прочего правоприменения, а также не прямых издержек, связанных с легкостью или, напротив, сложностью обращения к праву как к формализованному институту

⁵ Традиция представлять графически спрос как кривую, отражающую зависимость цены от количества, есть конвенция, установившаяся в экономической науке со времен А. Маршалла: именно он предложил описываемую здесь модель спроса и предложения и он же ввел в оборот подобное описание спроса как зависимость цены от количества. Графическое представление спроса и предложения нередко также называют Маршалловой геометрией. Однако с этой конвенцией связан один из наиболее известных курьезов экономической науки: по Маршаллу, и спрос, и предложение есть математическая функция, где цена (зависимая переменная, в математике традиционно отражается на вертикальной оси) зависит от количества (независимая переменная, по математической конвенции отражается на горизонтальной оси). Однако в реальности не количество товара (или иного блага) предопределяет его цену, а наоборот, цена за единицу товара (блага) задает количество как в части спроса, так и предложения. Соответственно, по правилам математики на горизонтальной оси должна отражаться цена как независимая переменная, а на вертикальной – количество, либо что то же самое, но в формальном выражении: не $P_D=f(Q_D)$ или $P_S=f(Q_S)$ для, соответственно, спроса (D) и предложения (S), а $Q_D=f(P_D)$ или $Q_S=f(P_S)$. Несмотря на столь очевидную «ошибку» великого ученого, экономисты уже более ста лет предпочитают пользоваться не совсем корректным, с математической точки зрения, аппаратом, поскольку он более нагляден для представления зависимости между ценой и количеством для спроса и предложения, чем математически более правильная картина. Более подробно об учении Маршалла в этой части см.: ALFRED MARSHALL, PRINCIPLES OF ECONOMICS 139-292 (8th ed., London: Macmillan and Co., 1920).

регуляции, включая доступность правосудия, помощь юристов, эффективность и быстрота защиты нарушенных прав и т.д.).

Согласно классическому закону спроса (при росте цены количество падает и, наоборот, чем ниже цена, тем выше спрос на благо – это не что иное, как обратная зависимость между количеством и ценой), применяемому в данном случае уже к правовой действительности, чем более доступно право, как буквально (его легко понять, усвоить, применять, оно детально и развито настолько, что максимальным образом покрывает различные практические ситуации), так и с позиций материальных затрат на его применение (легкость и быстрота обращения в суд, сравнительно невысокие издержки на привлечение специалистов-юристов и обращения в правоприменительные органы и т.д.), тем меньшую цену участники оборота платят за право, наоборот, чем выше издержки, то есть цена, тем меньшее количество права востребовано обществом. При подобном – чрезвычайно грубом – представлении спроса на право можно обозначить лишь общую зависимость, взаимосвязь между ценой (издержками, которые несут участники оборота) и общим количеством права, на которое есть спрос здесь и сейчас.

Однако прежде чем перейти к усложнению модели и проявлению некоторых деталей, позволяющих создать более нюансированную картину спроса на право, следует добавить второй элемент этой экономической модели – *предложение*. Как белое не мыслимо без черного, свет – без тьмы, а день – без ночи, так же и спрос сложно помыслить без комплементарной к нему категории, предложения: если тот иной ресурс востребован, то, конечно, должен быть кто-то, производящий подобный ресурс и его предлагающий, иначе откуда этот ресурс вообще появится.

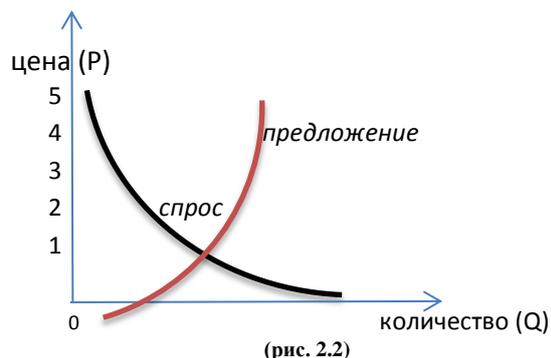
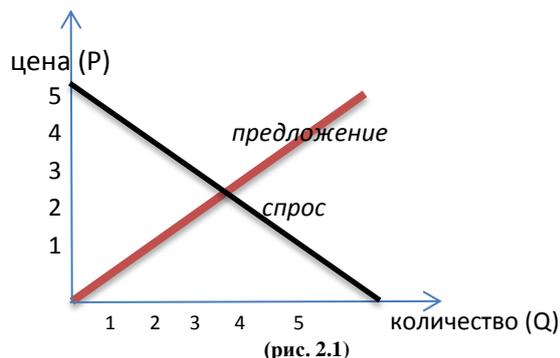
Предложение любого товара или блага строится по зеркальной к спросу логике: обычно, чем выше цена, тем выше предложение, поскольку для производителя – по крайней мере на конкурентном рынке – появляется больше стимулов для производства товара (блага) чем выше его цена, и напротив, если цена стремится к нулю, лучше вообще ничего не производить. Соответственно, в самом грубом виде *кривая предложения* может быть представлена как линия, отражающую прямую (а не обратную, как это типично для спроса) зависимость между ценой и количеством, то есть с каждым повышением цены на единицу цены растет количество предлагаемого товара (благ), и наоборот, чем ниже цена, тем ниже количество, предлагаемое потребителям. Там, где кривые спроса и предложения пересекают друг друга (см. рис. 2.1), обозначается рыночное равновесие, то есть текущее состояние рынка, при котором

ни потребители не могут заплатить больше за такое-то благо, ни производители не могут (и не желают) произвести больше или меньше. Точка равновесия (эквиполюм) между спросом и предложением отражает ту ситуацию, которая становится возможной при текущем уровне развития, а также ожиданий потребителей и производителей: на то она и равновесная точка, что любые движения в ту или иную сторону уже исключены, стороны (потребители и производители) достигли того состояния, при котором они готовы приобрести такое-то количество конкретного товара (благ) при определенной цене, а производители – произвести его и продать потребителям.

Опять же указанное равновесие можно обнаружить применительно к любому национальному правопорядку на каждом историческом этапе его развития: каким бы ни был спрос на право, а также вне зависимости от того, сколько и «какого качества» правовая система установилась в конкретном правопорядке, между участниками оборота и государством устанавливается некоторое равновесие, при котором участники смиряются с наличным правом, а «производители права», включая законодателей, судей, ученых-правоведов, ограничивают его продуцирование тем уровнем, который им представляется отвечающим запросам сегодняшнего дня. Поскольку в любом государстве, даже с самой зачаточной системой государственных институтов, присутствует правовая система, а участники оборота, приживающиеся на территории такого государства, точнее, подчиняющиеся его суверенитету, вынуждены использовать право, сообщаемое таким государством, то в более нюансированной картине спроса на право и его предложения со стороны государства и иных институтов соответствующие линии оказываются вогнутыми кривыми, причем если кривая спроса стремится, но никогда не пересекает ни одну из осей, то кривая предложения пересекает горизонтальную ось, что предполагает предложение некоторого количества права даже при нулевой цене⁶ (см. рис. 2.2), однако для простоты последующего

⁶ Кривая спроса не может пересечь ни одну из осей по очевидным соображениям: какой бы высокой ни были цена за право, какой-то, пусть самый минимальный спрос на право всегда будет присутствовать в любом обществе, а потому кривая спроса может стремиться, но никогда не пересечет вертикальную ось (иначе бы – при пересечении спрос стал меньше нуля). Аналогично каким бы высоким ни был спрос на право при минимальной цене, такой спрос не может быть лишен вообще цены, поскольку в реальном мире, а не в идеализированном мире экономистов, участники оборота вынуждены будут нести те или иные издержки, связанные с получением права, а потому и горизонтальная ось не может быть пересечена линией спрос (иначе издержки для участников оборота будут ниже нуля). Плюс выгнутость линии спроса показывает сокращающуюся полезность при увеличении объема. Все эти моменты позволяют понять, почему кривая спроса на обоих концах стремится, но не пересекает соответствующие оси. С кривой предложения ситуация чуть сложнее. Если право есть в любом государстве, то его предложение не может быть равным нулю, поскольку государство или прочие институты не могут «не производить» права вообще, а потому количество предложения (горизонтальная ось) не будет равным нулю, даже если цена при этом будет нулевой, тем самым кривая предложения вылетает вверх, пересекая в некотором

изложения далее будут использоваться прямые линии как на предыдущих рисунках (рис. 1.1 – 2.1):



Описанная выше элементарная модель спроса и предложения при наложении ее на правовую систему, как уже отмечалось выше, призвана отразить в самом общем виде общую зависимость между «количеством» права и его «ценой». После начертания общих рамок можно начать переход к более нюансированному описанию того, из чего складывается спрос на право.

Во-первых, величина спроса на право, точно так же как и при спросе на любое иное благо или товар, снижается с увеличением объема его потребления в общем объеме потребления в сравнении с прочими благами. В силу т.н. закона убывающей предельной полезности (*diminishing marginal utility*)⁷ полезность, получаемая от первого товара (шире – любого иного блага), выше чем от второго, от второго – выше чем от третьего и т.д.,⁸ иными словами, чем больше количество одного и того же товара (блага) потребляет человек, тем меньшую полезность он получает от каждой последующей единицы потребляемого блага. Грубо говоря, потребитель блага со временем приедается, причем чем больше одного и того же блага он потребляет, тем меньше ценность от каждой последующей единицы такого блага. Опять-таки сравнение права с любым иным материальным или нематериальным благом показывает ту же зависимость уменьшающейся полезности с увеличением общего количества: точно так

положительном значении горизонтальную ось при цене ноль, а прочие издержки (цена в отрицательном значении) интернализируются государством, что означает, что для участников оборота издержки меньше нуля, но их принимает на себя государство. Другое объяснение наличия предложения законодательства даже в отсутствие спроса – это производство права группами субъектов, объединенных общими интересами – см.: Robert D. Tollison, *Public Choice and Legislation*, 74 VA. L. REV. 339, 343 (1988). Однако для упрощения и более наглядного представления экономических моделей можно отойти от буквального описания реальной действительности и далее использовать предложенные выше упрощенные модели, хотя бы несколько и огрубляющие реальность.

⁷ W. STANLEY JEVONS, *THEORY OF POLITICAL ECONOMY* xxxiii-iv, 307 (5th ed.; New York: Kelley & Millman, 1957); F.Y. EDGEWORTH, *MATHEMATICAL PSYCHICS: AN ESSAY ON THE APPLICATION OF MATHEMATICS TO THE MORAL SCIENCES* 61, 103-110 (London: C. Kegan Paul & Co., 1881).

⁸ A.C. Pigou, *Some Remarks on Utility*, 13 ECON. J. 58, 59-63 (1903).

же, как полезность (удовольствие, насыщение) от первого бутерброда⁹ или котлеты намного больше, чем от второго, а тем более от двадцать второго, так и полезность от использования права и его применения к урегулированию отношений субъекта с иными участниками оборота намного выше для первой единичной транзакции, чем для каждой последующей.¹⁰

Так, если гражданину нужно удовлетворить свои потребности в обращении к праву, то для наиболее важных транзакций, имеющих приоритетное значение «здесь и сейчас» (например, совершить элементарные сделки купли-продажи для удовлетворения потребностей в товарах первой необходимости, получения услуг через

⁹ Cf., JONATHAN GRUBER, PUBLIC FINANCE AND PUBLIC POLICY 29-35, 322 (3rd ed.; New York: Worth Publishers, 2009).

¹⁰ Убывающая предельная полезность – для тех читателей, кому интересна экономическая логика подобного феномена, – может быть объяснена через т.н. маржинальную норму замещения (*marginal rate of substitution, MRS*), которая показывает, насколько один показатель может выражаться через другой. Так, в случае со спросом на любое благо, как было показано выше, всегда существует обратная зависимость между ценой и количеством: либо мало, но дорого, либо много, но дешево. Естественно, любой потребитель предпочитает состояние, при котором товара (благ) много, а цена за него при этом минимальна, однако подобное положение отнюдь не всегда возможно. В ситуации, когда конкретного блага на рынке недостаточно, по факту складывается ситуация «мало и дорого», что характерно для левого верхнего угла кривой спроса на графиках, представленных выше (рис. 2.2). По мере того, как количество доступного товара (блага) увеличивается, его цена становится все ниже и ниже, спрос потребителя начинает перемещаться по кривой спроса слева направо сверху вниз. Чем левее и ниже потребительский спрос идет по кривой спроса, тем меньше полезность каждой последующей единицы товара для потребителя в сравнении с предыдущей. Если взять условные цифры, отражающие кривую спроса на рис. 2.2, то для получения единицы товара (блага), то есть для перехода от количества «1» к «2» (движение от 1 к 2 на горизонтальной оси) потребителю придется заплатить цену, равную примерно трем единицам цены (5 минус 2 на вертикальной оси); для получения последующей, второй по счету в таком случае, единицы товара (блага), если следовать тому же графику, то есть при переходе от «2» к «3» потребителю придется заплатить всего примерно одну единицу цены (2 минус 1 на вертикальной оси) и т.д. Если присмотреться к тому же графику, то видно, что переход от третьей единицы к четвертой, от четвертой к пятой и т.д. сопряжено каждый раз со все меньшей ценой, уплачиваемой потребителем за каждую последующую единицу блага. Грубо говоря, за первую единицу блага мы готовы платить 5 рублей, а за пятую – 15 копеек. Цена в таком случае является объективным выразителем предельно размытой и субъективной категории полезности (*utility*): хотя мы не можем сказать, сколько то или иное благо объективно стоит для любого человека, но желание уплатить некоторую цену дает указание на то, насколько такое благо ценно для человека. Соответственно, готовность платить больше за то, что присутствует в малом количестве, а потому не может быть потреблено в большом объеме просто в силу своей недоступности, и, напротив, нежелание платить много за то, что присутствует в избытке, показывает ценность и полезность такого блага для потребителя. С ростом доступности блага, а значит и более частым его потреблением, как цену, которую мы готовы платить за благо, так и полезность этого блага убывают. Именно поэтому первые – по времени появления и по доступному количеству – блага всегда более ценны и более дорогие, чем все последующие. Неслучайно цена, которую приходится платить участникам оборота за институты права, лишь пробивающие себе дорогу, несоизмеримо выше, чем за те институты, которые уже использовались неоднократно. Однако именно такие – неизведанные и недостаточно развитые на сегодняшний день институты, тем не менее, могут представляться как максимально желаемые – ведь за них участники оборота готовы уплатить самую высокую цену. Для более подробного уяснения логики различной маржинальной доли замещения (*MRS*) можно порекомендовать лекцию проф. Отора, доходчиво объясняющего подобную, вовсе не простую экономическую материю: David Autor, *Microeconomic Theory and Public Policy: Lecture 3 – Axioms of Consumer Preference and the Theory of Choice*, 3-9 (2010), available at: http://ocw.mit.edu/courses/economics/14-03-microeconomic-theory-and-public-policy-fall-2010/lecture-notes/MIT14_03F10_lec03.pdf [21.10.2015].

простейший договор оказания услуг, приобретения жилья, завещать свое состояние и т.д.), право, безусловно, будет иметь для него важное значение, однако чем чаще и больше у субъекта будет появляться потребность в праве, тем меньшую цену такое лицо готово платить (нести издержки на применение права) за каждую последующую транзакцию. Действительно, если вы каждый день совершаете однотипные сделки купли-продажи, например, продуктов в магазине, то даже если первая в вашей жизни сделка представляла для вас какую-либо сверхвысокую полезность (будучи ребенком вам приходилось смотреть снизу вверх на кассира, робко протягивая деньги за покупку мороженого, вкуснее которого на тот момент нет ничего на свете, а потому сделка купли-продажи, опосредующая получение мороженого, не менее ценна, чем само мороженое), то далее – если вы совершаете такие сделки регулярно и они даются вам довольно легко, то есть вы не сталкиваетесь хоть со сколько-нибудь существенными трудностями, – право купли-продажи начинает восприниматься как нечто само собой разумеющееся, а потому вроде бы и не требующее каких-либо дополнительных издержек с вашей стороны. В какой-то момент право начинает восприниматься как «оно есть и есть» и никто даже не задумывается, откуда это право купли-продажи «берется» и каким образом обеспечивается его исполнение: для миллионов потребителей, совершающих ежедневно тысячи договоров розничной купли-продажи ценность права предельно минимальна, она, можно сказать, стремиться к нулю (конечно, пока потребитель не сталкивается с нарушением его прав, тогда право снова приобретает некоторую ценность). Аналогичным образом ценность права проявляется и для более продвинутых участников оборота: для коммерсанта, впервые совершающего сложно структурированную сделку купли-продажи бизнеса, если прежде такие сделки не были урегулированы правом, ценность права, применимого к его сделке, представляют максимально возможную полезность – от того, насколько такое право может минимизировать его будущие риски, возможно, зависит весь последующий успех (или неудачи) бизнес-предприятия, а потому даже коммерсант, чрезвычайно далекий от юридической материи, будет пытаться вникнуть во все хитросплетения права, применимого к сделке, понять все возможные риски, задать множество вопросов юристам, сопровождающим сделку, и сделать все зависящее от него, чтобы право гарантировало его интересы. Однако если за первой сделкой купли-продажи бизнеса последует вторая, третья, а потом десятая, пятнадцатая, причем все они впоследствии получили юридическую защиту именно так, как оно изначально предполагалось конкретным бизнесменом, то обычно такой коммерсант уже не готов

слишком сильно тратиться ни буквально (на юристов, сопровождающих сделку, поскольку сделка начинает представляться типичной, «одной из»), ни опосредованно (коммерсант не готов тратить много сил и времени на согласование второстепенных деталей) на такие последующие сделки, полагая, что не договор, который он заключает, а массив наличного права (включая нормы, применяемые по умолчанию¹¹) – как позитивного, так и судебного – позволит урегулировать в будущем все те шероховатости и недоработки, которые, возможно, есть в его сделке, но которые так или иначе не были урегулированы сторонами договора. Тем самым даже продвинутые участники оборота склонны больше ценить первый опыт обращения к праву, особенно к праву ранее не применявшемуся на практике, чем каждый последующий, при этом чем чаще такой продвинутый субъект права сталкивается с правом, тем меньше для него ценность, полезность права для него и его сделок. Иными словами, с ростом числа случаев обращения к праву, причем без разницы – оправдывает право ожидания коммерсанта или нет, ценность права и его цена для обращающегося к нему лица (величина издержек) по факту сокращается с каждым последующим случаем.

Наконец, ровно такая же логика применима и к публичному праву. Если лицо обращается к публично-правовому регулированию, например, для целей защиты своих законных интересов (например, лицо добивается инициирования антимонопольного расследования против монополиста или привлечения к административной ответственности организацию, нарушающей нормы экологического законодательства), то очевидно, что полезность от первой «победы», когда нарушитель привлекается государственным органом к ответственности, несоизмеримо выше, чем в ситуациях, когда такие успехи приобретают характер рутинного процесса. Аналогично и в случаях применения публичного права, имеющих политическую окраску: одно дело, когда оппозиционный политик добивается победы, скажем, в Конституционном Суде РФ, впервые применяющем ту или иную правовую доктрину в его деле, и другое, когда суд общей юрисдикции, рассматривающий рутинное дело о нарушении, к примеру избирательного законодательства, в который раз – вслед за другими судами – применяет правовую позицию, ранее выработанную судебной практикой, и по сути автоматически удовлетворяет требование заявителя. Тем самым и здесь, уже в сфере публичного права предельная полезность от права начинает снижаться по мере увеличения частоты обращения к публичному праву, точнее, конкретному институту

¹¹ Jules L. Coleman, Douglas D. Heckathorn, and Steven M. Maser, *A Bargaining Theory Approach to Default Provisions and Disclosure Rules in Contract Law*, 12 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 639 (1989).

публичного права, приобретающему характер общей нормы, не вызывающей каких-либо разногласий.

Таким образом, для спроса на право – как частное, так и публичное – в силу закона убывающей предельной полезности характерна та же динамика, что и для спроса на любое иное благо: участники оборота готовы платить сравнительно высокую цену (нести высокие издержки) за первое обращение к праву, а далее – чем чаще право используется для обрамления тех отношений, в которые вступает субъект оборота, – полезность права для таких субъектов чем дальше, тем больше снижается. Там, где есть развитое и нюансированное право, обеспечиваемое механизмом правоприменения и принуждения, никто не желает за него «бороться», ведь право в таком случае есть данность, ценность которой вроде бы не столь велика. Право в таком случае растворяется в окружающей действительности, заведенном порядке вещей: может показаться, что люди поступают определенным образом не потому, что это предписано нормой права, а просто иначе они не умеют, однако чтобы прийти к подобной укоризненности права в жизнь, когда право сливается с заведенным порядком вещей, необходимо пройти довольно сложный путь по установлению нормы права и проведению ее в жизнь. Напротив, там, где правит бесправие, даже минимальный уровень установления *правового* – от применения права к гражданско-правовой сделке до защиты политических прав и свобод – сопряжен с высочайшими издержками для участников оборота, подчас сравнимыми с ценностью жизни или всего имущественного состояния. Возвращаясь к ранее описанным графическим вариантам представления спроса на право (рис. 2.2) там, где участникам оборота приходится платить наиболее высокую цену за единицу количества (верхняя левая часть кривой спроса), ценность права, его полезность для потребителя права имеет наибольшее значение, далее, чем более доступно право (сползание по кривой спроса из левого верхнего угла по направлению к нижнему правому участку), тем меньше полезность от каждой последующей единицы права – его применимости к схожей транзакции, появление еще одного сопредельного института права, более нюансированной нормы позитивного права или детального судебного прецедента и т.п. В пределе – там, где кривая спроса на право стремится к горизонтальной оси (максимальное количество права при минимальных издержках на его применение участниками оборота) – полезность от каждой последующей транзакции, опосредуемой правом, а равно и любая иная ситуация обращения к наличному праву, для участников оборота

снижается: каждая последующая транзакция сообщает все меньшую полезность, чем каждая предыдущая.

Тем самым спрос на право сопряжен с тем же парадоксом, что и спрос на любой товар или любое иное благо: наиболее остро спрос на право проявляется там, где право имеет наиболее высокую цену, то есть сопряжено с наибольшими издержками для участников оборота, напротив, чем более развито и нюансировано право, чем более предсказуемо его применение на деле и чем меньше рисков и неопределенности оно задает на будущее, тем меньше и меньше его ценность для участников оборота от каждого последующего акта применения права. Для первопроходца, впервые применяющего тот или иной институт права, издержки, связанные с обращением к праву, максимальны, для последователей они сокращаются с каждым актом применения норм права соответствующего института. Далее, все вроде бы заинтересованы в развитии права, его детализации и создании все более нюансированных правовых построений, но никто не желает выступать в роли первопроходца, поскольку в таком случае равны шансы на то, чтобы оказаться как Колумбом в соответствующей области, так и Иваном Сусаниным. Соответственно, экономический анализ позволяет понять, почему там, где участники оборота особенно нуждаются в праве, зачастую нельзя обнаружить каких-либо эмпирических доказательств запроса на право, также как и проблем, связанных с правоприменением: если нет правовой реальности, нет и проблем, связанных с правом, осознание таких проблем будет, скорее, носить характер интуитивного знания, не подлежащего какой-либо верификации. Когда же спрос на право будет удовлетворен, то есть когда та или иная практическая проблема будет разрешена правом (через урегулирование на уровне позитивного права или через судебное нормотворчество, через эволюционирование доктрины права), то и тогда никаких проблем, связанных с правом, практикой его применения нет – им просто не остается места; тем самым проблематика, связанная со становлением конкретного института права, проявляется на отрезке от момента, когда есть самый высокий спрос на право и участники готовы платить за него самую высокую цену (верхний левый участок кривой спроса), и до момента, когда кривая спроса стремится совпасть с горизонтальной осью, – там участники оборота получают максимально возможный объем права при минимально возможных издержках, а потому им подобное право, в общем, уже не нужно по причине его содержательной банальности, усвоенности всеми субъектами и бесспорности применения, утвержденности как одного из базовых принципов той или иной отрасли

права. Вместе с тем, право, хотя оно и подчиняется законам спроса и предложения как и любое иное благо, имеет свою специфику в связи с еще одной его особенностью.

Во-вторых, право представляет собой т.н. общественное (публичное) благо, что позволяет отличить его от иных – материальных или нематериальных благ – имеющих сугубо частный характер. Для публичных благ характерно то, что они (1) не потребляемы, точнее от того, что кто-то в данный момент использует публичное благо, оно не исчезает или не уменьшается в количестве, доступном всем прочим потенциальным потребителям таких благ, в отличие от частных благ (когда один человек ест бутерброд, то вряд ли кто-то сможет съесть тот же бутерброд позже, аналогично с использованием частных благ или получением услуг: получение экономической полезности от частного блага, как правило, исключает одновременное получение такой же полезности кем-то еще), соответственно, публичные блага могут потребляться сколь угодно много раз, не исчезая и не теряя своей ценности; (2) публичные блага по общему правилу не подлежат обособлению и присвоению кем-либо из частных субъектов (к примеру, можно обособить земельный участок как частное благо и тем самым установить на него право собственности, но сложно, практически невозможно обособить свежий воздух или небо над головой и установить на него чье-либо вещное право).¹² В качестве наиболее типичных примеров публичных благ приводятся как природные блага (мировой океан и его ресурсы в естественном состоянии, атмосфера, животный мир в диком состоянии, окружающая природная среда), так и рукотворные объекты, существование (производство) которых обычно неразрывно связано с государством и его институтами (национальная оборона,¹³ общее начальное образование, общедоступные дороги, мосты, маяки, светофоры и прочие общедоступные средства навигации, фейерверки во время национальных праздников, полиция и проч.), а также интеллектуальные ресурсы (язык общения, общие знания и т.п.). Для всех этих благ характерно то, что даже если соответствующий ресурс в большей или меньшей степени исчерпаем в принципе (так, начальное образование более подвержено исчерпанию внутри одного государства, чем все биологические ресурсы мирового океана), потребление такого ресурса одним субъектом никак, в общем, не сказывается на уровне потребления того же самого ресурса другим

¹² Развитие концепции публичных благ в экономической теории принято ассоциировать с П. Самуэльсоном – см.: Paul A. Samuelson, *The Pure Theory of Public Expenditure*, 36 REV. ECON. & STAT. 387 (1954).

¹³ Paul A. Samuelson, *Diagrammatic Exposition of a Theory of Public Expenditure*, 37 REV. ECON. & STAT. 350 (1955).

субъектом. Как следствие подобного свойства публичных благ проявляется парадокс, принципиально отличающий публичные блага от частных благ: если одним и тем же публичным благом могут пользоваться неограниченное в принципе число потребителей, то для частника-производителя публичных благ нет никакого смысла производить такие блага, ведь достаточно однажды произвести единицу такого блага с тем, чтобы им пользовались тысячи или миллионы; напротив, с частными благами, коль скоро они потребляемы, такой фокус невозможен: одним куском хлеба, если это не библейские хлеба, невозможно накормить тысячи людей, соответственно, для частных благ производитель таких благ будет их производить, пока есть спрос со стороны потребителей и производство неубыточно для производителя. Тем самым производство публичных благ довольно быстро становится прерогативой государства, ведь частные лица не имеют никаких стимулов производить такие блага, частники могут эффективно производить лишь частные блага. Неслучайно начальное и базовое (среднее) образование, национальная оборона, полиция, дороги и прочая инфраструктура оказывается уделом государством: свободный рынок в принципе не способен обеспечить оптимальный уровень производства публичных благ. Даже если рыночные игроки и производят публичные блага в некотором количестве (прокладывают дороги к своим производствам, обучают работников, обеспечивают безопасность на территориях, имеющих значение для производства и т.д.), то уровень производства таких благ (их общее количество) не является оптимальным в масштабах всего общества, проявляется *проблема недопроизводства публичных благ*, о которой так любят спорить экономисты.¹⁴ Как следствие отмеченной специфики недопроизводства публичных благ государство не только восполняет несовершенство рынков (*market failure*) путем создания публичных благ, но также выполняет функцию, свойственную именно государству: коль скоро никто иной не в состоянии решить проблему адекватного уровня производства публичных благ, то государство оказывается тем субъектом, кто по умолчанию может выполнять эту, сугубо нерыночную функцию.

Очевидно, что право – его создание и последующее развитие, поддержание как его содержательной составляющей, так и правоприменяющего механизма – все это примеры типичных публичных благ. Право, будучи однажды созданным и явленным

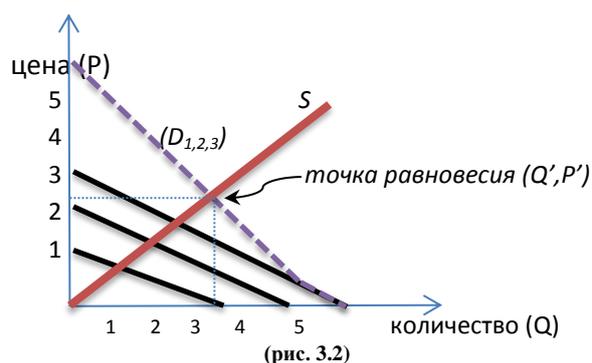
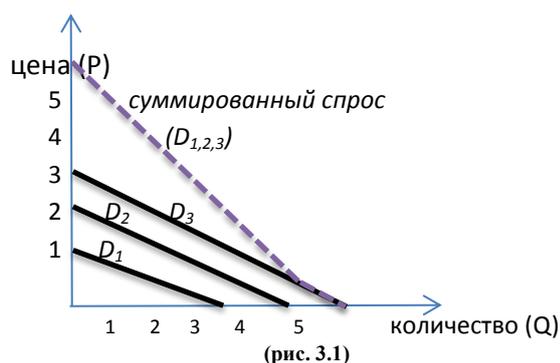
¹⁴ See, e.g., James M. Buchanan and Milton Z. Kafoglis, *A Note on Public Goods Supply*, 53 AM. ECON. REV. 403 (1963); MANCUR OLSON, JR., *THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS*, 27-30 *et seq.* (Cambridge: Harvard University Press, 1965); RICHARD CORNES AND TODD SANDLER, *THE THEORY OF EXTERNALITIES, PUBLIC GOODS, AND CLUB GOODS*, 143-189 (2nd ed., Cambridge University Press, 1996).

участникам оборота вне зависимости от формы его выражения или источников, в которых оно находит закрепление, отражает оба отмеченных выше свойства публичных благ: его невозможно ни (1) потребить (ведь фактом применения одним субъектом никак не затрагивается возможность другого субъекта использовать право, когда речь идет о конкретном институте права), ни (2) как-то присвоить право как институт или как нематериальную инфраструктуру (конкретное лицо может приобретать права и обязанности, но объективно право, которое дает основу субъективным правам и обязанностям, остается неизменным). Тем самым правом в рамках отдельного правопорядка могут пользоваться в принципе неограниченное количество субъектов и оно оттого не будет как-либо изменяться или уменьшаться в объеме. Однако именно поэтому никто из частных субъектов – помимо государства – не будет заинтересован в том, чтобы создавать право. Все хотят пользоваться правом, причем предельно развитым и детализированным, но никто не желает инвестировать в его развитие. Иными словами, участники оборота могут задавать спрос на право, но ни его предложение. Даже если отдельные участники оборота, например, коммерсанты, заинтересованные в обеспечении юридической защиты своих бизнес-договоренностей, или бесребреники ученые-правоведы, движимые высокими идеалами, стремящиеся развивать доктрину права, и пытаются развивать право в каких-то секторах, подобных усилий явно недостаточно в масштабах всего правопорядка для того, чтобы обеспечить адекватный уровень развития наличного права. Все это приводит к тому, что право, что называется, по определению – потому что право оказывается одним из классических примеров публичного блага – недопроизводится в любом правопорядке. Недопроизводство права (невысокий, далекий от оптимального уровень предложения права) в таком случае оказывается следствием специфического спроса на право как на публичное благо.

Чем специфичен спрос на публичные блага и почему его предложение всегда неоптимально? Экономический анализ права – позволяет лучше понять специфику спроса на право и в этой части.

Спрос на любые частные блага, как уж отмечалось выше, может быть представлен графически в виде кривой спроса, отражающей обратную зависимость между количеством блага и его ценой. Поскольку частные блага потребляемы, то потребители показывают ту цену, которую они готовы платить за единицу товара (частного блага), причем такая цена является более или менее истинной в том смысле, что она отражает реальную оценку полезности блага для потребителя. Однако в случае

с публичными благами все оказывается намного сложнее: если одно и то же благо может потребляться одновременно в принципе неограниченным количеством субъектов, при этом объем потребляемого блага не уменьшается, то цена, которую готовы платить потребители, больше не отражает реальной ценности за единицу такого блага. Иными словами, потребители могут обходиться сравнительно меньшим количеством благ (как если бы такие блага были потребляемыми), а потому и цена, которую они готовы платить за единицу блага, оказывается меньшей, чем если бы это было потребляемое и присваиваемое каждый раз частное благо. Тем самым в цене, которая складывается на рынке публичных благ, суммируется то, сколько все потенциальные потребители публичного блага могут заплатить за его получение неограниченное количество раз. Графически этот феномен можно изобразить следующим образом: если представить, что спрос на публичное благо формируют, скажем, три субъекта, причем каждый из которых потребляет одно и то же публичное благо, то спрос каждого из них суммируется вертикально¹⁵ – так, как это показано ниже (рис. 3.1).



При суммированном спросе, складывающемся из спроса субъектов, одновременно получающих одно и то же публичное благо, причем потребляющееся в ходе его получения, вроде бы субъекты – если верить новой кривой спроса, суммирующей спрос всех субъектов, должны все вместе отныне платить более высокую цену за единицу блага (так, первый субъект (D_1) в любом случае не был готов платить больше одной единицы цены за единицу блага, второй (D_2) – не больше двух единиц цены, третий (D_3) – не больше трех единиц цены), конечно, если их спрос по цене действительно суммируется. В ситуации со спросом на частные блага никакого суммирования не происходит: при свободном рынке первым будет удовлетворён спрос с наиболее высокой ценой спроса (в данном примере (D_3), потом – с чуть более низкой

¹⁵ Samuelson, *supra* note 13, at 354.

(D_2), а далее – если что-то вообще будет предложено со стороны предложения, оставшийся спрос с наименьшей ценой (D_3). При суммировании спроса ($D_{1,2,3}$) на графике получается более высокая цена за единицу блага, однако если предложение (S) на благо осталось на том же уровне, что и прежде (как если бы предлагалось частное благо – линия предложения на предыдущих графиках), то рыночное равновесие образуется в точке (Q', P') пересечения линии предложения и линии суммированного спроса (рис. 3.2). При этом новое рыночное равновесие устанавливается на уровне цены, пусть и не самой высокой, которую готов был уплатить участник с наиболее высокой ценой предложения в данном примере (D_3), но все же близкой к ней (так, если указанное лицо готово единолично было уплатить максимум 3 единицы цены, то новое равновесие устанавливается на уровне 2,5). Поскольку тот, кто готов был уплатить наивысшую цену, все равно заплатит за нужное благо (пусть не 3, а теперь 2,5), чтобы заполучить благо, спрос встретит предложение и рыночное равновесие будет снова установлено. Однако коль скоро в данном случае публичным благом могут пользоваться все другие участники оборота, то два других участника – не потратившись вообще – получают доступ к тому же объему публичного блага, который стал доступен уплатившему за него самую высокую цену. Иными словами, платит один (или немногие, для кого это благо представляет наибольшую ценность), а пользуются им – ведь публичное благо не потребляемое и не обособляемое – все!¹⁶ В данном случае все прочие участники оборота, кто получает доступ к публичному благо, оплаченному кем-то еще, фактически проезжаются за чужой счет, наблюдается типичный эффект безбилетника (*free rider problem*).¹⁷ Однако это лишь часть проблемы. Что происходит дальше?

Участник оборота, готовый платить самую высокую цену за публичное благо, рано или поздно перестанет мириться с тем, что платит он один, а пользуются публичным благом все остальные. Такое лицо не перестает платить вовсе – этого оно не может позволить, поскольку реальный спрос на публичное благо у него есть, а

¹⁶ Так, в рассмотренном выше примере второй участника (D_2) изначально не готов был платить больше, чем две единицы цены за благо, первый (D_1) – и того меньше, не более 1 единицы цены за единицу блага. Однако если на рынке сложилось такое равновесие, при котором цена единицы блага составляет 2,5, то частное благо ни первый ни второй приобрести вовсе не смогли бы, а вот публичное благо им оказывается доступным – как только за него заплатил кто-то другой, на то оно и публичное благо.

¹⁷ James M. Buchanan, *Many Private Goods, Many Persons – The “Free-Rider” Problem*, in THE COLLECTED WORKS OF JAMES M. BUCHANAN, VOL. 5, THE DEMAND AND SUPPLY OF PUBLIC GOODS, 74-95 (Indianapolis: Liberty Fund, 1999); Olson, *supra* note 14, at 44, 76; Russell Hardin, *Collective Action As an Agreeable n-Prisoners' Dilemma*, 16 BEHAV. SCI. 472 (1971); E. C. Pasour, Jr., *The Free Rider as a Basis for Government Intervention*, 5 J. LIBERTARIAN STUD. 453, 454-8 (1981); JOSHUA GREENE, MORAL TRIBES: EMOTION, REASON AND THE GAP BETWEEN US AND THEM, 57-9, 72-4 (Atlantic Books Ltd., 2014).

просто начинает мимикрировать под прочих участников оборота, предлагающих сравнительно меньшую цену за публичное благо: поскольку прочих участники оборота называют меньшую цену, а все равно пользуются публичными благами,¹⁸ то лицо, которое прежде проявляло истинную цену за такое благо, начинает посылать ложную информацию вовне («мне, конечно, это благо важно, но не так, как можно было бы подумать, а оттого ценность этого блага для меня минимальна»),¹⁹ скрывая свои истинные предпочтения в части цены, надеясь, видимо, на установление нового рыночного равновесия при более низкой цене. Более того, никто не знает, а какова истинная цена, которую на самом деле готовы платить прочие участники оборота: не являются ли низкие цены, которые в рассмотренном выше примере называли два прочих участника, на самом деле такими же фальшивками – если заплатит другой, а пользоваться могут все, то не проще ли не раскрывать свои истинные предпочтения и получить публичное благо? В случае с частными благами подобная игра невозможна в принципе,²⁰ ведь там либо платишь цену, либо ничего не получаешь, в случае же с публичными благами все потребители заинтересованы в том, чтобы обманывать друг друга и потенциальных поставщиков публичных благ. Понять же истинную ценность публичных благ – сколько реально участники оборота, нуждающиеся в таких благах готовы за них платить, оказывается практически очень сложно, если не сказать больше – невозможно. Таким образом, сама природа публичных благ, то есть невозможность

¹⁸ Указанное различие между публичными и частными благами и порождаемые ими принципиально разные последствия для оборота прекрасно иллюстрируют столь почитаемую в литературе экономического анализа права Теорему Коуза, гласящую, что при нулевых транзакционных издержках *и четко описанных правах собственности* участники рынка запросто обо всем могут договориться сами, то есть рынок может исправлять сам, без какого-либо внешнего, в том числе регулятивного, вмешательства, любые негативные последствия. Теорему эту принято ассоциировать с широко цитируемой статьей Коуза о социальных издержках, где излагаются основные идеи, хотя никакой формулировки этой идеи как выверенной теоремы, конечно, в ней не содержится – см.: Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & ECON. 1, 16, 40, 44 (1960). Одним из наиболее важнейших следствий из Теоремы Коуза является то, что распределенность и формальная фиксация прав собственности имеет самое принципиальное, определяющее значение для свободного торга между участниками рынка, напротив, несовершенства в фиксации прав собственности снижают или вовсе сводят на нет возможности участников оборота самим договориться обо всем. Тем самым и транзакционные издержки, и отсутствие фиксированных прав собственности на любые ресурсы, если понимать Теорему Коуза от обратного, могут выступать как логическое обоснование для вмешательства государства в экономику, включая регулятивное вмешательство. Иными словами, если бы в реальном мире (а не в мире, как он представляется для тех, кто буквально применяет Теорему Коуза) транзакционные издержки были равны нулю, а все ресурсы были четко закреплены за отдельными собственниками, нужды в праве, в общем, не было бы вовсе. Соответственно, коль скоро на публичные блага в силу их специфики в принципе невозможно установить раз и навсегда право собственности какого-либо одного лица или группы лиц, то рыночные механизмы не способны решить проблему оптимального объема производства публичных благ; напротив, для частных благ такой проблемы – в том числе согласно Теореме Коуза – не существует.

¹⁹ Joseph Farrell, *Information and Coase Theorem*, 1 ECON. PERSP'S 113, 117 (1987).

²⁰ Buchanan, *supra* note 17, at 22-7.

их потребления одним лицом и присвоения через факт единичного потребления, приводит к фундаментальной экономической проблеме, связанной с публичными благами: невозможности проявления истинных предпочтений участников оборота по части цены, которую за них готовы платить, а значит, и реальный объем спроса. Любые проявленные вовне предпочтения, исходящие от участников оборота, в таком случае обманчивы,²¹ а цена (или издержки, которые участники оборота готовы нести в связи с получением таких благ) всегда будет существенно занижена; сложение кривых спроса от множества субъектов тем более ничего не дает, ведь все они так или иначе проявляют ложные предпочтения по части спроса на публичные блага.²² С другой стороны, если публичным благом могут пользоваться одновременно сколько угодно много субъектов, то как установить разумную цену на такое благо: ведь цена в таком случае должна учитывать, что она будет распределяться среди множества субъектов,²³ вопрос как определить это множество и как учесть разный уровень платежеспособности этих субъектов?

Наконец, если спрос на публичное право никогда не проявляет истинных предпочтений потребителей в части действительной цены и объема (количества блага при такой-то цене), то как можно ожидать, что предложение публичных благ будет адекватным? Естественно, публичные блага в таком случае мало того, что не будут производиться частными субъектами, поскольку им это не выгодно, так и государство или публично-правовые институты, которые, по идее, призваны удовлетворить такой спрос, не смогут этого сделать, поскольку они лишены возможности увидеть (скалькулировать²⁴) действительный спрос на публичные блага. Точнее, величина спроса в таком случае, возможно, будет огромной, но заявляемая участниками оборота цена на подобное благо – минимальной. При ограниченности государственных ресурсов, очевидно, что ни одно государство, даже самое экономически развитое, не может себе позволить тратить большие ресурсы на удовлетворение потребностей, спрос на которые велик, но ценятся они при этом обществом совершенно по бросовой цене. Тем самым предложение в ответ на такой спрос будет также неадекватным.

Суммируя, описание права как публичного блага позволяет понять еще одну парадоксальную черту спроса на право: сумма полезностей от доступного права при

²¹ *Id.*, at 81; Samuelson, *supra* note 13, at 355.

²² Samuelson, *supra* note 12, at 388.

²³ *Cf.*, Howard R. Bowen, *The Interpretation of Voting in the Allocation of Economic Resources*, 58 Q. J. ECON. 27, 28-9 (1943).

²⁴ Samuelson, *supra* note 12, at 388.

текущей величине спроса на право всегда больше, чем цена (издержки),²⁵ которую готовы платить участники оборота при такой величине права; любые слова, проявленные вовне предпочтения или действия, исходящие от участников оборота и указывающие на то, какие издержки они готовы нести ради получения более развитого, нюансированного, гибкого права, бóльшего объема позитивного права по тем или иным вопросам либо отвечающего чаяниям участников оборота правоприменения – словом, бóльшего количества «качественного» права, на деле являются лишь бутафорией, шумом, и не отражают реальных потребностей в праве, которые могут быть выше на порядок, а то и несколько порядков. При этом не стоит, видимо, заблуждаться или культивировать утопические идеи, что отдельные участники оборота или социальные группы могут удовлетворить спрос на право и обеспечить его развитие (производства права как публичного блага), заменив в этой роли государство. Только государство как нерыночный институт способно обеспечить производство права²⁶ в объеме и качестве, которые реально необходимы всему социуму. Тем самым роль государства здесь оказывается двуединой – понять настолько, насколько это возможно при текущем экономическом инструментарии истинные потребности участников оборота в том праве, которое реально им нужно (то есть решить проблему фальшивых предпочтений и проявить истинный спрос на право как на публичное благо), и несмотря на то, что за производство права участники оборота не готовы платить действительную цену, взять эту функцию на себя и обеспечить тот объем права, который необходим обществу, даже если для государства это сопряжено с огромными издержками.

В-третьих, мало того, что участники оборота посылают вовне ложные предпочтения, занижающие как цену, которую они готовы платить, так и реальный объем права, который они по факту потребляют, с установлением того, что реально необходимо участникам оборота – какое именно право и в каком объеме – обнаруживается еще одна проблема, которую можно обозначить как проблему агрегирования предпочтений группы. Для уяснения реального спроса на право со стороны участников оборота необходимо понять, какую цену и за какое количество права готов платить отдельный субъект, а также в чем состоит результирующая цена, которую готовы уплатить все участники оборота, а равно объем права, требуемый

²⁵ Цена, которую готовы платить за право, или издержки, которые участники оборота готовы нести в связи с получением того или иного

²⁶ Аналогичная позиция см.: David D. Friedman, *Problems in the Provision of Public Goods*, 10 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 505 (1987) (критика противоположной точки зрения, ранее выраженной проф. Клейном: Daniel Klein, *Tie-ins and the Market Provision of Public Goods*, 10 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 451 (1987)).

всему обществу. Так, кому-то необходимо довольно продвинутое договорное право, позволяющее структурировать сложные бизнес-сделки, при этом такой субъект (скорее всего, обеспеченный коммерсант) будет готов платить сравнительно высокую цену за подобное право, а кому-то достаточно самого элементарного регулирования двух-трех потребительских договоров, плюс минимальные публично-правовые гарантии социально-экономических прав, но за такое регулирование гражданин вообще ничего не готов платить, все это должно быть предоставлено ему «просто по факту»; кому-то требуется детально развитое процессуальное право (например, обвиняемому в совершении преступления), а кому-то, напротив, совершенно не проработанное право, но уже в сфере экологического законодательства (если речь идет о крупном производстве, которое и дальше может производить выбросы в отсутствие специальных ограничений), при этом цена, которую такое лицо может уплатить за лоббирование подобного положение вещей может быть просто астрономической. Соответственно, разные потребители права будут иметь совершенно разные запросы в отношении права как содержательно (какого именно права и сколько), то есть по количеству права, так по цене, которую они в принципе готовы заплатить за такие правовые построения. Даже если внутри общества можно как-то объединить такие запросы на право по группам регулируемых отношений или институтам (например, в рамках того же договорного права), все равно будет крайне сложно, а попросту говоря невозможно составить общее представление: ни о количестве, ни об издержках, которые участники оборота готовы нести в связи с тем или иным спросом на право. Как найти результирующее значение в части количества и цены, чтобы определить, в чем состоит запрос на право не от отдельного субъекта, а от многочисленной группы, шире – от общества в целом?

Ответ на указанный вопрос позволяет прояснить также экономическая теория, хотя, конечно, нужно сразу оговориться, что решение, которое дает экономическая наука, будет не слишком утешительным.

Проблема агрегирования предпочтений группы составляет одну из фундаментальных проблем велфаристской экономики, где она изучается под названием функции социального благосостояния (*social welfare function*),²⁷ или функции агрегирования. Если кратко,²⁸ то суть функции агрегирования, как ее понимают

²⁷ KENNETH J. ARROW, SOCIAL CHOICE AND INDIVIDUAL VALUES 23 (2nd Ed., Yale University Press, 1963); William Vickrey, *Utility, Strategy, and Social Decision Rules*, 74 Q. J. ECON. 507 (1960).

²⁸ Последующее описание проблематики агрегирования предпочтений и Теоремы невозможности Эрроу

экономисты, это механизм (функция в математике), посредством которого предпочтения индивидов внутри группы, точнее, полезность, которую получает от того или иного блага каждый индивид, складываются²⁹ в наиболее предпочтительную, а значит наиболее полезную для группы опцию. Функция агрегирования предпочтений членов группы позволяет понять, что нужно здесь и сейчас не отдельному члену группы, а группе (например, обществу) в целом. Однако ни одна сфера социального знания – ни право, ни экономика, ни социология, ни социальная психология, – в принципе не в состоянии на текущий момент предложить механизм, который бы адекватно сводил воедино предпочтения всех членов той или иной группы воедино, любая попытка подобного сведения разнонаправленных интересов – это всегда подчинение интересов и предпочтений одних в угоду другим, иными словами, это всегда игнорирование велений некоторой части группы в угоду отдельным индивидам.

Как пишет К. Эрроу, получивший Нобелевскую премию по экономике как раз за исследования в области функций агрегирования, можно допустить функцию агрегирования, когда число опций на выбор составляет не более двух, чтобы такая функция одновременно отвечала ряду критериев,³⁰ включая отсутствие так называемого диктатора, то есть лица, воля которого являлась бы иначе определяющей для итогов голосования. Однако стоит увеличить число опций, предлагаемых на выбор участникам группы с двух до трех или более, если каждая из опций может быть проранжирована каждым участником группы в любом порядке – сообразно предпочтениям конкретного участника группы (т.н. ординальные предпочтения, которые не поддаются переводу на язык цифр, а описываются исключительно с позиций «нечто нравится больше, чем что-то другое»), то для группы, состоящей из минимум трех членов, становится невозможным создать функцию, которая бы

основано на другой работе автора – см. Степанов Д.И. Интересы юридического лица и его участников // Вестник экономического правосудия РФ 2015 № 1 С. 49-54.

²⁹ Термин «складывать» в данном случае не совсем точный: в случае с предпочтениями, к сожалению, нельзя сложить воедино предпочтения разных субъектов: кому-то нравится яблоко, а кому-то – свиной хрящик, причем сравнить, кому что-то нравится больше и насколько – в числовом выражении – просто невозможно, а потому создание функции агрегирования предпочтения группы представляет одну из фундаментальных проблем научного знания на протяжении уже многих десятилетий – cf.: J. R. Hicks, *The Foundations of Welfare Economics*, 49 ECON. J. 696, 699-703 (1939); Vickrey, *supra* note 27, at 524-30.

³⁰ Среди подобных критериев выделяются следующие: (1) голосование должно базироваться на принципе простого большинства, (2) количество участников голосования нечетное и финально (не бесконечно), (3) каждый голосующий должен рассматриваться одинаково, то есть ни у кого нет никаких преимуществ при голосовании (в пределе – каждый голосующий анонимен), (4) равенство голосов разрешается в пользу одной из двух опций. Cf., Arrow, *supra* note 27 at 22-48, Kenneth O. May, *A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decision*, 20 ECONOMETRICA, 680 (1952); DAVID AUSTEN-SMITH AND JEFFREY S. BANKS, *POSITIVE POLITICAL THEORY I: COLLECTIVE PREFERENCE* 63-72 (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1999).

позволяла адекватно агрегировать предпочтения группы. Это, в свою очередь, позволило Эрроу сформулировать теорему, которая впоследствии получила наименование Теоремы невозможности: если есть три альтернативы и субъекты вольны ранжировать их как им угодно согласно их собственным предпочтениям, то всякая функция агрегирования должна быть либо навязанной либо диктаторской.³¹ Иначе говоря, для того, чтобы перейти от предпочтений каждого отдельного индивида к агрегированному предпочтению группы, необходимо либо включить механизм навязывания определенного предпочтения индивидам, либо допустить появление диктатора одного лица, воля и предпочтения которого будут отождествлены с предпочтениями группы. В более поздней (1963 г.) версии Теоремы невозможности Эрроу из двух указанных элементов остался только критерий диктатора: для всякого социального выбора, где в принципе допустимо появление разногласий по предпочтениям, всегда априорно возможен диктатор.³² Если в повседневной жизни слово «диктатор» запускает ассоциацию с образом не терпящего каких-либо возражений авторитарного политического лидера, то по Эрроу, диктатор, как он понимается для целей агрегирования предпочтений группы, это любое лицо, обладающее возможностью замещать предпочтения членов социума или определенной группы предпочтениями всего лишь одного лица, причем такой диктатор может быть как входящим в группу, так и находится вне ее рамок. Так, для целей функции агрегирования диктатором можно признать судью, которому предоставлено дискретное право сказать финальное слово, что предпочтительнее для той или иной группы в споре, где решается судьба будущих прав и обязанностей членов такой группы. Диктатором для целей выявления потребностей в правовом регулировании выступают законодатели, решающие, какие нормы права должны быть сообщены участникам оборота. Диктатором выступает правовед-ученый, дающий свое видение по той или иной проблеме, по которой существует множество точек зрения, однако он предпочитает остановиться лишь на одной – если такая правовая позиция впоследствии получит статус превалярующей, то его личные предпочтения оказываются навязанными в принципе неограниченной группе субъектов. Диктатором оказывается экономически более сильная сторона в договоре, если ей удалось навязать выгодные ей условия договора всем впоследствии присоединившимся участникам в договоре присоединения. Примеров подобного диктаторства, как его предложил понимать

³¹ Kenneth J. Arrow, *A Difficulty in the Concept of Social Welfare*, 58 J. POL. ECON. 328, 342 (1950).

³² Arrow, *supra* note 27, at 103.

Эрроу, в праве можно обнаружить великое множество и всюду будет проявляться одна и та же специфика: вместо попытки собрать воедино предпочтения некоторого множества участников группы, а тем более всех участников такой группы, избирается в качестве превалирующей позиции видение, которого придерживается тот или иной «диктатор» и уже его предпочтения подаются как предпочтения всех или значительной части группы. Диктаторские полномочия в таком случае дозволяются функцией агрегирования, то есть установленными «правилами игры», а диктатор – маркируется законом (иным источником права).

При указанном выше понимании функции агрегирования предпочтений членов группы, видимо, уже понятно, что никакого адекватного представления о том, каким видят спрос на право все или основная часть группы под названием «социум» составить нельзя в принципе. Даже если забыть, что все участники оборота как потребители публичных благ, в том числе права как одной из разновидностей таких благ, имеют обыкновение не показывать истинных предпочтений по количеству требуемого права и цене, которую они готовы за него платить, то есть если допустить, что все они покажут свои истинные, а не ложные предпочтения по этому вопросу, в силу Теоремы невозможности Эрроу будет невозможно составить адекватное представление о том, в чем состоит истинный спрос на право общества в целом как группы. Коль скоро общество состоит из сотен тысяч и миллионов субъектов с постоянно меняющимися предпочтениями и целями, а количество опций на выбор по любому, даже самому узкому юридическому вопросу, не может быть сведено только к двум, то всякое общество в деле агрегирования общей функции «спрос на право» заканчивает там, где ему предначертано названной Теоремой: такой спрос – как в части количества требуемого права, так и цены – формулируется диктатором. Да, таких диктаторов может быть множество – сообразно тем или иным институтам либо отраслям права (где-то выразителями «мнения народа» выступают судьи, творящие право, где-то законодатели, в каких-то областях право создают чиновники от исполнительной власти, где-то *vox populi* заменяется экспертным сообществом и т.д.), однако от того суть не изменяются: разнонаправленные предпочтения, которые в принципе не подлежат сведению воедино заменяются той или иной позицией,³³

³³ При этом позиция, которая складывается в результате децентрализованного агрегирования предпочтения, может быть не оптимальной (не отвечать критерию эффективности по Парето), что лишь принижает ценность запроса на право, получаемого таким образом. Cf., Richard Zeckhauser, *Voting Systems, Honest Preferences and Pareto Optimality*, 67 AM. POL. SCI. REV. 934, 945-6 (1973) (ни одна система голосования, покоящаяся на проявлении предпочтений индивидов, не гарантирована от появления

которой отдается приоритет как якобы наиболее адекватно отражающей предпочтения большей части той или иной социальной группы.

Таким образом, при более нюансированном рассмотрении того, как агрегируются предпочтения группы, становится понятным, что спрос на право от общества – это лишь результат некоторого политического процесса, посредством которого проявляются какие-то усредненные предпочтения,³⁴ которые на самом деле могут отражать реальные потребности субъектов, а могут, напротив, не иметь вообще никакого отношения к тому, что реально желают видеть участники оборота. Из подобного вывода, типичного для литературы т.н. общественного выбора,³⁵ следует простое следствие: чем более репрезентативна функция агрегирования предпочтений, то есть чем более нюансировано она отражает текущие настроения участников оборота, тем более приближенной к предпочтениям максимально возможного количества субъектов можно считать соответствующий запрос на право, и наоборот. Кроме того, такая функция агрегирования – как любое иное голосование в широком смысле слова (как процесс установления превалирующей позиции) – подвержена манипулированию³⁶ со стороны отдельных лиц, что еще более снижает ценность «общего мнения», получаемого в таком случае.

Итак, в качестве некоторого промежуточного итога можно отметить, что хотя спрос на право как на нематериальное благо подчиняется общему закону спроса (объем спроса на право обратно пропорционален размеру издержек, связанных с его получением и использованием), однако определить действительный спрос на право крайне сложно, равно как и «замерить» конкретную величину спроса при определенной цене (издержках), поскольку (1) из-за сокращающейся маржинальной полезности от каждой последующей порции права его ценность для участников уменьшается со временем (наибольшая борьба, а значит и издержки, связаны с появлением новых правовых построений и их претворением в жизнь, напротив, право, которое уже устоялось, не связано с каким-либо высоким спросом – оно «есть и есть»); (2) право,

диктаторского результата, который был бы Парето-оптимальным; ни один децентрализованный механизм агрегирования предпочтений не может гарантировать удовлетворительный социальный выбор).

³⁴ Duncan Black, *On the Rationale of Group Decision-Making*, 56 J. POLIT. ECON. 23 (1948).

³⁵ See, e.g., Jonathan R. Macey, *Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model*, 86 COLUM. L. REV. 223 (1986); Daniel A. Farber and Philip P. Frickey, *The Jurisprudence of Public Choice*, 65 TEX. L. REV. 873 (1987); Daniel A. Farber and Philip P. Frickey, *Legislative Intent and Public Choice*, 74 VA. L. REV. 423 (1988); Jules L. Coleman, *Afterword: Rational Choice Approach to Legal Rules*, 65 CHI.-KENT. L. REV. 177 (1989).

³⁶ Allan Gibbard, *Manipulation of Voting Schemes: A General Result*, 41 ECONOMETRICA, 587, 588 (1973).

будучи публичным благом, которым могут пользоваться одновременно неограниченное количество субъектов и которое нельзя присвоить, порождает проблему ложных предпочтений, или, что то же самое, проблему безбилетника, в силу чего крайне сложно понять, насколько велик действительный спрос на такое благо и какую цену за него готовы платить потенциальные потребители; наконец, (3) даже если не обращать внимание на первые две проблемы, спрос на право не может быть «замерен» или его конкретная величина не поддается какому-либо калькулированию в силу невозможности корректного собирания воедино (агрегирования) предпочтений всех или основной части субъектов оборота, то что воспринимается как спрос на право на деле является диктатом меньшинства, навязанного всем прочим участникам оборота, воля которых игнорируется. Соответственно, любые утверждения, что именно нужно участникам оборота здесь и сейчас по тому или иному вопросу, требующему правового урегулирования, должны восприниматься критически через линзу описанных выше особенности спроса на право

III. ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ СПРОСА НА ПРАВО И ЕГО ПРЕДЛОЖЕНИЯ СО СТОРОНЫ ГОСУДАРСТВА: ЭЛАСТИЧНОСТЬ И НЕДОПРОИЗВОДСТВО ПРАВА.

После детального рассмотрения специфики спроса на право можно перейти к следующей составляющей рассматриваемой проблемы, то есть к стороне *предложения права*, точнее, к тому как спрос на право взаимодействует с предложением права правосоздающими и правоприменяющими институтами.

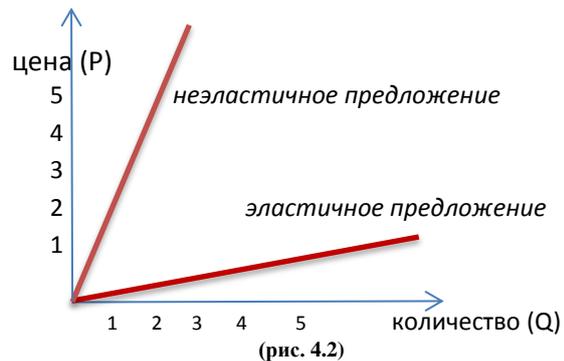
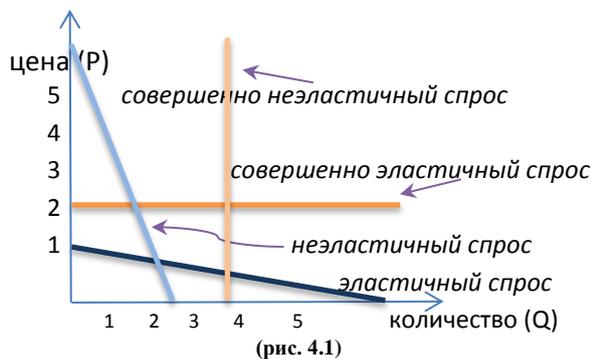
Если есть спрос на какое-то благо, то существует и какое-либо, пусть минимальное, предложение такого блага, иначе бессмысленно было бы говорить о спросе. При этом в отличие от *закона спроса*, отражающего нежелание потребителей платить высокую цену, когда объем предложения велик, предложение подчиняется зеркальной логике: по *закону предложения* с возрастанием цены производители увеличивают предложение, а потому цена и количество находятся в прямой зависимости, когда речь идет о предложении (чем выше цена, тем выше количество блага, предлагаемого потребителям, и наоборот). Там, где кривая спроса и предложения пересекаются, обнаруживается точка рыночного равновесия: ни одна сторона (ни потребители, ни производители) не могут ни получить больше или меньше на свободном рынке, ни продать больше или меньше. Однако подобная идеалистическая и упрощенная модель рыночного равновесия возможна лишь при ряде допущений: отсутствие монополий, налогов и проч. Более того, она не учитывает

потребительных свойств товаров (благ), обменивающихся на рынке: добавление элемента взаимозаменяемости одного товара (блага) другим существенно усложняет указанную модель в части спроса, а за ним – и предложения.

Так, если спрос на один товар, который сегодня стоит дорого, может быть легко удовлетворен за счет переключения на другой товар, более доступный по цене, то спрос на первый товар характеризуется довольно высокой *эластичностью*. Для эластичного спроса в таком случае типично то, что повышение цены на товар приводит не к соразмерному, а к большему – чем повысилась цена – сокращению потребляемого количества (например, увеличение цены на одну единицу цены приводит к падению спроса не на одну единицу количества, а на две-три или более). Графически сравнительно высокую эластичность спроса можно было бы представить в виде кривой, наклоненной не под углом 45 градусов, а при ином, меньшем градусе; напротив, если спрос не эластичен, кривая спроса увеличивает угол наклона³⁷ (рис. 4.1), однако реально картина намного сложнее: на любой кривой спроса, наклоненной под определенным углом, в точке, лежащей посередине такой кривой, эластичность равна 1, выше этой точки эластичность растет, чем выше цены, ниже – падает, коль скоро цены ниже, иными словами, на одной кривой спроса эластичность падает вдоль кривой.

³⁷ В экономической теории эластичность спроса обычно именуют эластичностью спроса по цене и вычисляется она по процентному соотношению: на сколько процентов изменяется величина спроса при изменении цены на 1 процент. При этом на эластичность спроса помимо заменимости одного товара другим (эффект субститута) могут влиять и иные факторы (ценовые шоки, фактор времени, удельный вес товара в потребительской корзине и проч.). В зависимости от того или иного уровня эластичности спроса по цене различают:

- совершенно неэластичный спрос: спрос не меняется при любом изменении цены (вертикальная линия спроса на рис. 4.1), обычно такой спрос показывают товары первой необходимости;
- неэластичный спрос: спрос изменяется сравнительно меньше, чем цена (кривая спроса с большим углом наклона), обычно это базовые продукты питания или товары (блага), не имеющие субститутов;
- эластичность спроса при коэффициенте эластичности по цене, равном -1 (обратная зависимость в соотношении 1:1, кривая спроса при угле наклона 45 градусов): спрос изменяется пропорционально цене;
- эластичный спрос: спрос изменяется больше, чем цена (кривая спроса на рис. 4.1 с малым углом наклона), обычно это не слишком важные товары (блага), которыми можно запросто пожертвовать либо они имеют эффективную замену;
- совершенно эластичный спрос: спрос гипотетически неограничен при определенной цене (горизонтальная линия спроса на рис. 4.1), теоретически сюда могут быть отнесены отдельные публичные блага.



Предложение также может быть более или менее эластичным: если сравнительно большее изменение цены приводит к меньшему изменению предлагаемого количества (например, цена изменяется с 2 до 5, а количество – с 1 до 2), то предложение следует признать неэластичным, напротив, если даже незначительное изменение цены существенно увеличивает количество, предлагаемое потребителям, то предложение эластично.³⁸

В ситуации, когда потребители могут легко переключаться с одного товара на другой (например, заменять потребление одного вида мяса другим), эластичность спроса для соответствующего товара (блага) существенно повышается: как только цена на один товар начинает расти, потребители тут же переключаются на его субститут, аналогично с субститутом: если спрос на него повышает цену, потребители могут

³⁸ Аналогично эластичности спроса по цене предложение также может быть оценено в процентном изменении, то есть на сколько процентов изменяется величина предложения при изменении цены на 1 процент. Однако в отличие от эластичности спроса, где наиболее важным фактором эластичности является заменимость одного товара (другим), в случае с эластичностью предложения наиболее важными детерминантами являются моменты, связанные с себестоимостью производства (величина изначальных капитальных вложений и последующих расходов, связанных с выпуском единицы продукции), временные горизонты и цикличность (насколько легко производство может адаптироваться к новым условиям), а также способность создавать и поддерживать товарные запасы как в части исходных материалов, так и готовой продукции. По критерию эластичности предложения принято различать:

- совершенно неэластичное предложение: предложение абсолютно не меняется при любом изменении цены (та же вертикальная линия, что и вертикальная линия спроса на рис. 4.1);
- неэластичное предложение: предложение изменяется сравнительно меньше, чем цена (кривая предложения с большим углом наклона на рис. 4.2), в таком случае производитель не только не заинтересован в увеличении производства, но также имеет стимулы к ограничению общего объема предложения товара (блага) на рынке – cf., A.C. Pigou, *Monopoly and Consumers Surplus*, 14 ECON. J. 388, 392 (1904);
- эластичность предложения при коэффициенте эластичности по цене, равном 1 (прямая зависимость в соотношении 1:1, кривая предложения при угле наклона 45 градусов): предложение товара (иного блага) изменяется пропорционально цене, в таком случае производителю есть смысл в наращивании производства, конечно, если затраты на единицу выпуска не растут с увеличением объема производства, а падают;
- эластичное предложение: предложение изменяется больше, чем цена (кривая предложения на рис. 4.2 с малым углом наклона), производитель увеличивает производство в разы, чтобы получить ощутимый эффект в виде прибыли от больших объемов;
- совершенно эластичное предложение: предложение, в теории не ограниченное каким-либо количеством при определенной цене (та же горизонтальная линия, что и линия совершенно эластичного спроса на рис. 4.1).

вернуться к первому товару (благу). Напротив, там, где взаимозаменяемость невелика либо по иным причинам (укорененность предпочтений, высокие издержки, связанные с отказом от ранее потребляемого блага и т.д.) потребители не могут отказаться от потребления конкретного блага, спрос на него будет крайне неэластичным. Для производителей благ эластичность будет зависеть главным образом от того, насколько выгодно (на единицу продукции) для производителя наращивать или, напротив, сокращать производство, насколько мобилен такой производитель, то есть как быстро он может адаптироваться к новым условиям, и как долго он может позволить поддерживать запасы. Соответственно, добавление эластичности как для спроса, так и для предложения, делает рассмотрение проблематики спроса и предложения еще более запутанным, поскольку приходится постоянно помнить о разных масштабах реагирования того или иного спроса и предложения друг на друга.

Возвращение к правовой системе вместе с наложением на нее проблематики эластичности спроса и предложения проявляет следующие моменты.

Во-первых, спрос на право, в отличие от спроса на материальные потребляемые ресурсы (обычные товары – частные блага), в силу рассмотренной выше специфики не позволяет корректно подсчитать эластичность такого спроса. Точнее говоря, в силу отсутствия верифицируемых эмпирических данных о действительном спросе на право со стороны общества в целом на сегодняшний день невозможно описать такой спрос простой формулой. Хуже того, даже если можно приблизительно подсчитать издержки (цену), которую участники оборота готовы платить или платят за право, нет второй составляющей для построения внятной системы координат, которая бы позволила измерить количество для такого спроса, а именно, само количество и единицы измерения количества (как определить общий объем спроса и предложения права для отдельного правопорядка и в каких единицах его измерять). Соответственно, математически точное определение эластичности спроса на право – задача, в общем, невыполнимая. Однако это, тем не менее, не исключает возможности описательной характеристики эластичности спроса на право и выявление того, куда на спектре «спрос эластичный <-> спрос неэластичный» следует поместить спрос на право. Ключевым для этого является проблема субститутов права и тех издержек, которые участники оборота готовы нести ради получения «качественного» права в большем объеме.

Во-вторых, в числе таких субститутов права можно назвать как неформальные институты (нравственность, нормы поведения, принятые в узких, как правило,

профессиональных сообществах, коррупция, организованная преступность), так и общий уход из области правового в сферу неправового, точнее, неурегулированного и непредсказуемого (отказ от использования регулятивных механизмов и переключение на прогнозирование риска того или иного поведения). Кроме того, если речь идет о национальных правопорядках или государственных институтах правоприменения, то субститутом национальному праву может выступать право иностранной юрисдикции, а заместителями его национальным государственным институтам – негосударственные (например, арбитражи или медиаторы) или иностранные правоприменители. Соответственно, доступность или, напротив, трудность обращения к таким субститутам предопределяет эластичность спроса на право внутри отдельного правопорядка.

В-третьих, в части предложения права – если речь идет о государстве и его институтах – производство права сопряжено с существенными издержками, эффект от которых для государства крайне неоднозначен. В ситуации, когда ресурсы государства ограничены и оно всегда вынуждено проводить приоритизацию задач – на что тратить средства в первую очередь – сложно ожидать, что на развитие права будут выделяться огромные средства: скорее всего, и без того ограниченные государственные ресурсы будут потрачены на какие-то осязаемые, материальные нужды; если право – это нематериальная инфраструктура, то скорее государство потратит свои ресурсы на объекты материальной инфраструктуры (дороги, мосты и проч.) и лишь затем, если что-то останется, задумается об инфраструктуре нематериальной. Более того, развитие права чревато ростом самоограничений политиков и чиновников, тем самым издержки для государства с увеличением сферы правового лишь возрастают с каждой последующей «единицы выпуска» права, что также делает производство права крайне малопривлекательным для государства и чиновничества.

Наконец, в-четвертых, всякое государство, конечно, если это не развалившееся государство (*failed state*), всегда предполагает наличие некоей минимальной правовой системы. Тем самым в любом, даже самом демократически неразвитом государстве, можно обнаружить минимальный объем предложения права, даже при нулевой цене, ибо минимальные издержки на производство права интернализированы государством. Напротив, величина спроса на право, по крайней мере, на уровне теоритической конструкции, может быть равной нулю, после чего такая величина может начать расти сообразно – в большей или меньшей степени – падению уровня издержек (цены), связанных с получением права как блага.

С учетом отмеченных моментов можно попытаться выбрать из трех³⁹ потенциальных кандидатов (неэластичный, эластичный, эластичный в соотношении 1:1) – к чему отнести эластичность спроса на право и эластичность предложения права, после чего обрисовать интегрированную модель спроса на право и его предложения. Из трех обозначенных кандидатов, видимо, следует сразу же отбросить эластичность спроса или предложения в соотношении 1:1 (или более формально: $P_D = a - I * Q_D$ для спроса и $P_S = Q_S$ для предложения), поскольку подобная пропорциональность (спрос на право растет ровно так же, как падают издержки на получение права, или предложение права растет ровно в той же пропорции, что и цена на него со стороны участников оборота) мало вероятна в реальной жизни. Факт наличия большего числа субститутов для права и правового позволяет понять, что эластичность спроса много больше, чем та, что наблюдается при кривой спроса при угле наклона в 45 градусов. Аналогично и с предложением: если бы право производилось в четкой пропорции с тем, сколько средств на правовую систему выделяет государство, проблемы правового государства не существовало бы вовсе; тем самым кривая предложения права также отклоняется от угла наклона в 45 градусов.

Является ли спрос на право сравнительно неэластичным? Можно ли предложение права охарактеризовать как эластичное? Видимо, на оба эти вопроса нужно дать отрицательный ответ. По тем же самым соображениям, приведенным выше (наличие большего числа субститутов, позволяющих пренебрегать правом, если его недостаточно для стороны спроса, и отсутствие стимулов производить право для государства), спрос на право следует отнести к эластичному, а вот предложение права – к неэластичному. Тем самым и для спроса, и для предложения остается по одной обозначенных опций: спрос на право довольно эластичен, то есть угол наклона кривой спроса находится в интервале между менее 45 градусов и больше нуля. Напротив, предложение права неэластично, а потому угол наклона кривой предложения права – в диапазоне от больше 45 до менее 90 градусов. При переводе с языка Маршалловой геометрии на обычный язык это означает, что для спроса высокая эластичность выражается в том, что участники оборота крайне чувствительны к издержкам на получение права: даже небольшое повышение издержек (цены) приводит к существенному сокращению спроса на право; для предложения же слабая эластичность

³⁹ Экстремальные варианты совершенно эластичного спроса или предложения и совершенно неэластичного спроса или предложения оставляются за рамками рассмотрения, поскольку очевидно, что они не имеют никакого практического значения для спроса на право и его предложения: ни спрос на право не является бесконечным, ни тем более его предложение.

будет приводить к тому, что на единицу роста цены будет производиться меньше единицы объема права, более того, значительная часть спроса будет оказываться неудовлетворенной. Рыночное равновесие в таком случае будет указывать на хроническое *недопроизводство права* – в сравнении с тем, какой объем его ожидается при текущем спросе. Графически эту ситуацию можно представить следующим образом (рис. 5):

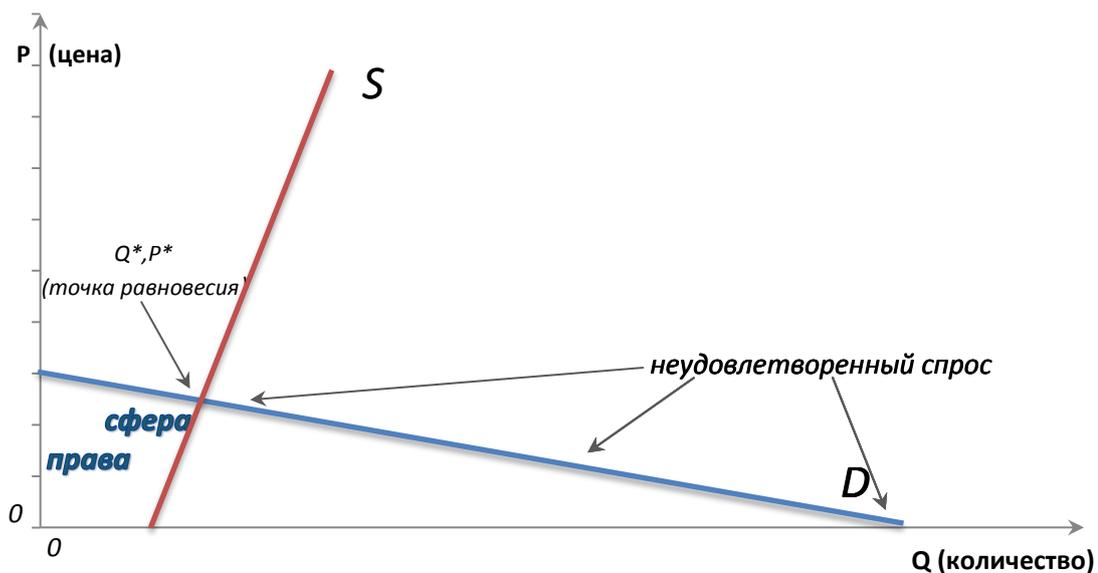


рис. 5

На представленном рисунке кривая спроса (D) имеет небольшой угол наклона, что типично для сравнительно эластичного спроса, при этом кривая предложения (S), напротив, довольно круто взмывает вверх, что типично для неэластичного предложения, более того, эта кривая пересекает горизонтальную ось (количество) в значении больше нуля, что означает, что некоторое количество права предлагается даже при нулевых издержках для участников оборота. Точка равновесия обнаруживается в месте пересечения обеих кривых, при этом сфера, урегулированная правом, то есть все то, что так или иначе затронуто правом, оказывается областью между двумя осями и под указанными линиями спроса и предложения. Как видно из этого рисунка, значительная часть спроса на право оказывается не удовлетворенной, точнее, если говорить строго экономически, значительная часть спроса оказывается неплатежеспособным: участники оборота оказываются не в состоянии платить ту цену, которая предъявляется. Поскольку объем предложения права и издержки на его получение несоизмеримы с величиной удовлетворенного объема спроса – наблюдается феномен недопроизводства права.

Недопроизводство права, точнее, сильное расхождение между спросом на право и его реальным предложением есть частный пример того, что в экономике принято именовать как экстерналии (*externalities*),⁴⁰ то есть побочный продукт от свободного, никем не контролируемого извне взаимодействия между текущим спросом потребителей и предложением производителей, установившимся на рынке. Для экстерналий характерно то, что количество товара или блага, отражающего рыночное равновесие (точка Q^*, P^* на рис. 5), хотя и является точкой равновесия, однако далека от оптимальной (Парето-эффективной) точки «количество – цена», оптимальной в смысле отвечающей реальным запросам участников рынка.⁴¹ Если совсем грубо, то любые экстерналии это побочный продукт свободного рыночного обмена. В данном случае наблюдаются т.н. позитивные экстерналии,⁴² обусловленные свойством права как публичного блага: поскольку одним и тем же количеством права может пользоваться неограниченное число субъектов, то вроде бы даже при сравнительно небольшом объеме производства права для участников оборота проявляется позитивный эффект.⁴³ Однако эффект от позитивных экстерналий обманчив: поскольку имеет место существенный неудовлетворенный спрос, объем предложения права все равно остается существенно меньшим, чем спрос, причем объясняется это разной эластичностью спроса и предложения на право. Соответственно, расхождение между спросом на право и его предложением должно устраняться не виртуально, когда один и тот же объем права используется неограниченное количество раз участниками оборота, а за счет увеличения содержательной составляющей права, то есть за счет создания новых правовых институтов и детализации, нюансирования существующих. Иными словами, удовлетворение большого спроса на право должно достигаться за счет *увеличения эластичности предложения* права (при неизменной эластичности спроса) и сокращения издержке (цены) на каждую последующую порцию права.

Таким образом, добавление эластичности к категориям спроса и предложения, в том числе когда речь идет о спросе на право, приводит во многом к схожим выводам,

⁴⁰ Jean-Jaques Laffont, *Externalities*, in: STEVEN N. DURLAUF AND LAWRENCE E. BLUME EDS., THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS (2nd ed., Palgrave Macmillan, 2008), online edition available at: http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008_E000200 [29.01.2016]; Tibor Scitovsky, *Two Concepts of External Economies*, 62 J. POL. ECON. 143 (1954); James M. Buchanan and Wm. Craig Stubblebine, *Externality*, 29 ECONOMICA 371 (n.s. 1962); Carl J. Dahlman, *The Problem of Externality*, 22 J. L. & ECON. 141 (1979).

⁴¹ Mankiw, *supra* note 4, at 195-7.

⁴² *Id.*, at 199.

⁴³ EDGAR K. BROWNING AND MARK A. ZUPAN, MICROECONOMICS: THEORY AND APPLICATIONS 554-5 (12th ed., Wiley, 2014).

что и рассмотрение спроса на право как на публичное благо. Если ранее специфика спроса на право показывала, что крайне сложно определить спрос на право, более того, в силу невозможности присвоить и потребить право одним лицом, объем его производства не отвечает истинным потребностям, то добавление к спросу на право предложения, особенно когда спрос и предложение различаются по эластичности, показывает существенное недопроизводство права, то есть несоответствие объема предложения права в точке равновесия социально оптимальному уровню. Наконец, сфера правового – если соотнести объем спроса на право и его предложение – оказывается сравнительно небольшой областью, значительная же часть отношений и вовсе не попадают туда, куда заходит свет правового. Однако даже там, где право, казалось бы, урегулировало общественные отношения, в которые вступают участники оборота, сфера правового может сокращаться за счет излишне императивного регулирования, если речь идет о частном праве, либо в связи с отсутствием гибкого и продуманного, экономически эффективного (по Парето) регулирования, если имеется в виду публично-правовая сфера, о чем речь пойдет в следующем разделе.

IV. ИМПЕРАТИВНОСТЬ И ИЗЛИШНЯЯ ЗАРЕГУЛИРОВАННОСТЬ КАК АНАЛОГ КОРРЕКТИРУЮЩИХ НАЛОГОВ, СОКРАЩАЮЩИХ ОБЩИЙ ЭКОНОМИЧЕСКИЙ ВЫИГРЫШ.

Предыдущее изложение задало теоретическую матрицу для рассмотрения проблематики спроса на право с позиций экономического анализа права. Столь пространное (для юристов, хотя и довольно тривиальное – для экономистов) изложение было необходимо, чтобы подвести к центральному тезису настоящей работы, который сложно было бы обосновать, не проделав всей этой предварительной работы. Итак, ключевая идея, ради которой рассмотрение спроса и предложения применительно к праву имеет эвристическую ценность, состоит в том, что императивность (для частного права) или излишняя зарегулированность (для всех прочих отраслей права) снижает ценность права, его полезность, причем даже если императивные нормы в частном праве или избыточные регулятивные модели преследуют – как полагают их проponentы – благие, общественно-значимые цели, в конце концов они лишают право полезности, *сокращая* и без того не слишком значительную *сферу правового*, ровно так же, как корректирующие налоги⁴⁴ сокращают полезность от рыночных механизмов

⁴⁴ Идея, что регулирование экономической деятельности, когда государство вмешивается в свободное рыночное ценообразование, складывающееся из текущего спроса и предложения, сродни налогообложению впервые была обоснована Ричардом Познером в его пионерной статье – см.: Richard A. Posner, *Taxation by Regulation*, 2 BELL J. ECON. & MAN'T SCI. 22, 24-27, 34-41, 47-8 (1971). Впоследствии

взаимодействия спроса и предложения для потребителей. Соответственно, как нельзя злоупотреблять корректирующими налогами для устранения экстерналий и прочих несовершенств свободного рынка, так нельзя увлекаться в праве императивными нормами и излишним регулированием, иначе от права может ничего не остаться. Почему так происходит? Для ответа на этот вопрос и раскрытия приведенного выше тезиса нужно более внимательно посмотреть, что получают потребители и производители при текущем спросе и предложении, когда достигается точка рыночного равновесия – при уяснении полезности, которую получают обе стороны, можно будет увидеть ту же логику применительно к спросу на право и его предложению.

Итак, когда между спросом и предложением достигается рыночное равновесие, текущий спрос удовлетворяется в количестве, соответствующем точке пересечения кривой спроса и предложения, то есть потребители получают такое-то количества блага по такой-то цене, а производители реализуют точно такое же количество этого блага по установившейся цене. Поскольку это точка равновесия, то потребители не могут ни получить больший объем блага, ни претендовать на меньшую цену за единицу блага, чем установилась на рынке; аналогично для производителей: они не могут ни получить бóльшую цену за единицу производимого блага – как бы они этого ни хотели, ни продать большее количество благ по установившейся цене, чем потребители готовы приобрести в текущий момент.

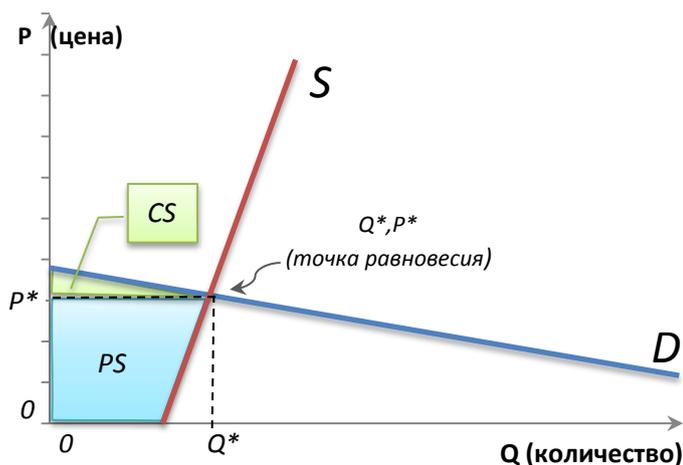


рис. 6

эту мысль стали развивать иные известные экономисты применительно к налогам и регулированию – ср.: Sam Peltzman, *Toward a More General Theory of Regulation*, 19 J. L. & ECON. 211 (1976); Gary S. Becker, *Comment*, 19 J. L. & ECON. 245 (1976); Gary S. Becker, *A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence*, 98 Q. J. ECON. 371 (1983).

Представленный выше рисунок⁴⁵ (рис. 6) показывает, что получают потребители, а что – производители при достижении точки рыночного равновесия: потребители могут приобрести количество товара (блага), определяемое в точке пересечения кривой спроса (D) и предложения (S) и равное указанному на рисунке количеству (Q^*) по цене (P^*) за единицу блага; аналогично для производителей с поправкой на то, что они продают те же блага в указанном объеме и по той же цене. При указанной точке равновесия потребители могут рассчитывать, что их спрос – по любой цене, находящейся в промежутке между точкой равновесия и ценой, при которой кривая спроса пересекает вертикальную ось, а также в любом объеме от нуля и до количества в точке равновесия, – в любом случае будет удовлетворен. Иными словами, любая иная комбинация «цена – количество», если она не выходит за пределы указанных ограничений, так или иначе включается в рыночное равновесие, то есть для потребителей точка рыночного равновесия (Q^*, P^*) имплицитно включает в себя все прочие комбинации, которые, возможно, не столь хороши по соотношению «количество – цена», но в любом случае они так или иначе покрываются, если однажды установилось указанное рыночное равновесие. Тем самым на представленном выше рисунке можно выделить фигуру (CS) в виде треугольника (он покрывает собой пространство ниже кривой спроса до горизонтального пунктира, слева он ограничен вертикальной осью цен), который в экономике принято именовать как выигрыш потребителей, или потребительский излишек (*consumers' surplus*), который покрывает собой всю ту полезность, которую потребители получают от участия в обороте по поводу конкретного товара (блага) как только устанавливается отмеченная точка рыночного равновесия. Соответственно, для производителя такого-то товара или блага полезность от участия в обороте на представленном выше рисунке может быть показана как площадь фигуры (PS), образующейся между кривой предложения и осями координат: при текущем спросе, а значит, количестве и цене, установившейся на рынке, производители могут имплицитно продать товар (благо) в любой комбинации «количество – цена», если такая точка находится внутри фигуры выигрыша производителей (*producers' surplus*).

⁴⁵ Данный рисунок представляет собой увеличенный фрагмент с рис. 5, то есть отражает специфику соотношения спроса на право и его предложения, рассмотренные выше, а потому позволяет далее развивать ту же самую логику спроса и предложения в отношении права, не теряя генеральной линии изложения.

На приведенном выше рисунке площадь фигуры выигрыша потребителей (CS)⁴⁶ сравнительно небольшая, особенно если соотносить ее с площадью фигуры выигрыша производителей (PS), однако это лишь лучше позволяет понять суть выигрыша потребителей и производителей, а также почему государство зачастую вмешивается в рынок. При установившейся точке рыночного равновесия полезность для потребителей от обмена с производителями будет измеряться как цена, которую при заданной кривой спроса потребители готовы платить выше точки равновесия, то есть как любая цена выше P^* , за единицу блага. Любая иная цена ниже указанной точки, лежащая на кривой спроса, в принципе не доступна для потребителей при текущей точке равновесия, а потому потребители не могут удовлетворить свой спрос при любой иной, более низкой цене, чем цена в точке равновесия, а значит такие неплатежеспособные потребители не получают ничего от участия в рынке и их полезность в таком случае равно нулю. Чем ниже точка рыночного равновесия на кривой спроса, тем больше от рынка полезность для потребителей, ведь они могут получить большее количество благ при сравнительно низкой цене. Напротив, чем выше цена, а значит тем выше на кривой спроса обнаруживается точка рыночного равновесия, тем меньше площадь фигуры выигрыша потребителей (CS), тем меньше полезность от рыночного обмена для потребителей; в пределе, при самой высокой цене, когда количество, доступное потребителям, равно нулю, полезность для потребителей от соответствующего блага, естественно, оказывается нулевой: если благо недоступно в силу заведомо высокой цены, то от него нет ничего полезного. Схожая логика, объясняющая суть полезности производителей, применима и к производителям, с той лишь коррективой, что для них полезность растет с увеличением цены и объема продаваемого товара (блага). В идеале производители хотели бы продавать благо по цене, максимально высокой, однако при достижении точки рыночного равновесия они вынуждены принять ту цену (P^*), которую им готовы заплатить потребители при текущем рыночном равновесии. Соответственно, для производителей любая цена, ниже указанной точки при таком-то количестве продаваемого товара (блага), в общем, лучше, чем не получить ничего при любой иной цене, находящейся на кривой предложения выше точки равновесия (любая иная цена выше, хотя она и желательна для производителей, по факту нереалистична, а потому полезность от нее равна нулю для производителей). Тем самым полезность для производителей растет при условии, что точка рыночного равновесия обнаруживается

⁴⁶ Более нюансированное объяснение феномена полезности потребителей – см.: Pigou, *supra* note 8, at 63-4.

выше по кривой предложения и, напротив, сокращается, если рыночное равновесие стабилизируется на более низких (вдоль кривой предложения) точках «цена – количество».

Коль скоро производители не готовы производить и продавать товар (благо) себе в убыток, на свободном рынке – каким бы совершенным он ни был – при текущей точке рыночного равновесия всегда значительная часть спроса окажется неудовлетворенной: спрос при цене, ниже точки равновесия (любая точка на кривой спроса ниже Q^*, P^*) автоматически не покрывается при текущем рынке. Соответственно, чем менее эластичен спрос на благо со стороны потребителей, тем меньшую полезность будет им давать свободный рынок, ведь если товар или благо жизненно необходимы потребителям, то они будут его покупать невзирая на цены. Более того, если полезность для производителей сравнительно больше, чем для потребителей ($PS > CS$), что графически на приведенном выше рисунке показано через бóльшую площадь фигуры выигрыша производителей (PS) в сравнении с выигрышем потребителей (CS), то естественно возникает еще один, помимо проблемы неудовлетворенного спроса, аргумент в пользу вмешательства государства в свободное рыночное взаимодействие с тем, чтобы скорректировать несовершенство рынка.

Наиболее типичная форма вмешательства государства в свободный рыночный обмен – это установление минимальных или максимальных цен на тот или иной товар, либо введение т.н. корректирующих налогов, иначе называемых налогами Пигу⁴⁷ по имени автора соответствующей идеи.⁴⁸ Введение ценового регулирования, например, установление максимальной цены продажи для производителей в конечном счете приводит к сокращению предложения и/или развитию черного рынка, а потому подобный вариант вмешательства экономически неэффективен, поскольку при установлении нового рыночного равновесия после введения ценового регулирования теряют все – и потребители, и производители. Налоговое регулирование, на первый взгляд, более совершенно, поскольку – по крайней мере в теории – позволяет перераспределять блага от производителей в пользу потребителей или общества в целом, если налоги, взимаемые с производителей (точнее собираемые, поскольку обычно реальным их плательщиком оказываются потребители) идут на субсидирование потребителей, которые иначе не могут получить необходимый товар или благо в

⁴⁷ Agnar Sandmo, *Pigouvian Taxes*, in: STEVEN N. DURLAUF AND LAWRENCE E. BLUME EDS., THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS (2nd ed., Palgrave Macmillan, 2008), online edition available at: http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008_P000351 [15.10.2015].

⁴⁸ A. C. PIGOU, THE ECONOMICS OF WELFARE 172-199 (4th ed., London: Macmillan and Co., 1932).

требуемом объеме по доступной цене. Так, если допустить, что при введении налога, взимаемого с производителя блага, ни спрос, ни цена на конкретное благо не изменяются, то сумма налога, полученная государством, может быть направлена на выплату компенсации тем потребителям, которые по тем или иным причинам не получают такие блага в нужном объеме. Соответственно, государство через механизм перераспределения материальных благ – изъятия прибыли у производителей и выплаты компенсаций потребителям – не затрагивая напрямую⁴⁹ ни спрос, ни предложение, достигает целей если не выравнивания, то хотя бы некоторой корректировки несовершенства, или провалов рынка (*market failure*).⁵⁰

Обоснование государственного вмешательства через корректирование несовершенств рынка – основа основ современной теории регулирования.⁵¹ Однако у любого вмешательства в свободное ценообразование на рынке всегда есть обратная сторона: даже если корректирующие налоги не изменяют спрос и предложение, любое налогообложение сопряжено с т.н. невосполнимыми издержками (*dead weight loss, DWL*): из общей полезности, которую получают совокупно потребители и производители от свободного рыночного обмена, приходится вычитать не только сумму налога, но также и издержки, связанные с невозможностью для (1) производителей продавать то же количество блага при прежней цене, что были возможны до введения налога, а также для (2) потребителей получать прежнее количество блага при более низкой цене (производители же перекладывают полностью или в части налог на потребителей, поэтому либо количество станет меньшим для потребителей, либо цена вырастет). Графически подобный феномен, известный в экономической теории под названием треугольника Харберга⁵² можно показать следующим образом (рис. 7):

⁴⁹ Однако косвенно все же спрос и предложение изменяются под влиянием налогов Пигу: производители начинают закладывать налоги в издержки производства, повышая финальную цену и тем самым перекладывая повышение цены на сумму налога на потребителей, а потребители, хотя и получая в итоге сравнительно больший бюджет, вынуждены тратить больше средств на приобретение того же объема благ, а потому и спрос, и предложение, скорее всего, изменятся со временем от введения корректирующего налога.

⁵⁰ Francis M. Bator, *The Anatomy of Market Failure*, 72 Q. J. ECON. 351 (1958); Roy E. Cordato, *The Austrian Theory of Efficiency and the Role of Government*, 4 J. LIBERTARIAN STUD. 393, 400-2 (1980); Alan Randall, *The Problem of Market Failure*, 23 NAT. RESOURCES J. 131 (1983); Joseph E. Stiglitz, *Markets, Market Failures, and Development*, 79 AM. ECON. REV. PAPERS AND PROC. 197 (1989); Steven Medema, *The Hesitant Hand: Mill, Sidgwick, and the Evolution of the Theory of Market Failure*, 39 HIST. POL. ECON. 331 (2007).

⁵¹ See, e.g., Sam Peltzman, *The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation*, 1989 BROOKINGS PAPERS ON ECONOMIC ACTIVITY: MICROECONOMICS 1, 4 (1989); Mankiw, *supra* note 4, at 12-3, 150-1.

⁵² Arnold Harberger, *Principles of Efficiency: The Measurement of Waste*, 54 AM. ECON. REV. 58, 69-70 (1964); Arnold Harberger, *Three Basic Postulates for Applied Welfare Economics: An Interpretive Essay*, 9 J. ECON.

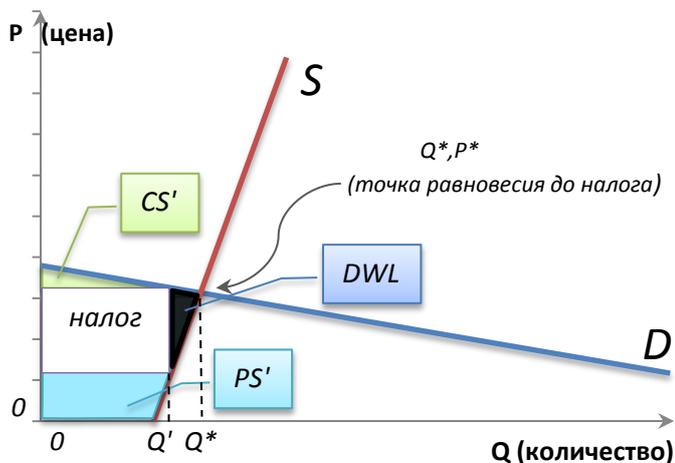


рис. 7

Как наглядно видно из представленного графического изображения того, что происходит при введении корректирующего налога, установление налога (в рассматриваемом примере равно примерно двум единицам цены) приводит к сокращению как общего выигрыша потребителей ($CS' < CS$), так и выигрыша производителей ($PS' < PS$) – площадь и одной, и другой фигуры после введения налога сокращается (ср. рис. 6 и 7).

После введения налога потребители реально смогут потреблять количество товара по цене, не равной прежней точке рыночного равновесия (Q^*, P^*), причем в меньшем объеме (новое количество – Q'), при этом новое количество фактически потребляемого блага будет соответствовать более высокой цене (цена, соответствующая Q' , проходящая по верхнему уровню налога),⁵³ соответственно, от такого ухудшения на стороне спроса (после введения налога могут купить меньше, к тому же дороже), теряют потребители. А что же производители? Они также страдают от налога, поскольку после введения налога реально они отныне могут продать лишь новое, сокращенное количество блага (Q'), то есть то новое количество, которое смогут приобрести потребители. Однако в отличие от потребителей, которые за меньшее количество будут вынуждены заплатить более высокую цену, производители получают меньше денег, ведь после введения налога цена, получаемая производителями, будет равна цене как если бы они меньше продавали – цена пройдет по нижней границе

Лт. 785, 789-93 (1971); James R. Hines, Jr., *Three Sides of Harberger Triangles*, 13 J. ECON. PERSP. 167 (1999).

⁵³ Harold Hotelling, *The General Welfare in Relation to Problems of Taxation and of Railway and Utility Rates*, 6 ECONOMETRICA, 242, 245 (1938).

налога. Если сумма налога, собранного государством (на рис. 7 это прямоугольник, что означает что сумма налога определяется как разница в цене, уплачиваемой потребителем за минусом цены, получаемой производителями, помноженная на количество товара, обложенного налогом) может быть перераспределена в пользу нуждающихся, то потери от налога для оборота (*DWL*) – это как раз те издержки, которые понесли участники оборота от сокращения потребления и производства, те издержки которые никак не могут быть компенсированы.⁵⁴ Тем самым «мертвый груз» от введения налога – это та цена, которую вынуждено платить общество за то, что государство вмешивается в свободное рыночное ценообразование, преследуя в общем-то благие – по крайней мере в первом приближении – цели. Однако и это не все.

Если государство, однажды установив корректирующий налог, впоследствии задумает его увеличить, то эффект от увеличения налога будет еще более болезненным,⁵⁵ чем введение налога впервые: при увеличении налога выручка от увеличенного налога вырастет на разницу между старым и новым налогом, а вот невосполнимые потери (*DWL*) от такого налога для оборота уже вырастут как то же количество в квадрате.⁵⁶ К примеру, если налог увеличивается с текущего уровня на две или три единицы, то потери от такого увеличения – на 4 или 9 единиц, соответственно! На примере рассматриваемой фигуры это становится видно (ср. рис. 8), если посмотреть, что происходит при увеличении фигуры налога, а вслед за ней – треугольника невосполнимых потерь и соответствующего сокращения выигрыша потребителей и производителей.

⁵⁴ Edgar K. Browning, *The Marginal Cost of Public Funds*, 84 J. PUB. ECON. 283, 289 (1976); Charles L. Ballard and Don Fullerton, *Distortionary Taxes and the Provision of Public Goods*, 6 J. ECON. PERSP. 117, 118-22 (1992); THOMAS J. NECHYBA, MICROECONOMICS: AN INTUITIVE APPROACH WITH CALCULUS 671, 287 (South-Western / Cengage Learning, 2011).

⁵⁵ Hines, *supra* note 52, at 183.

⁵⁶ Hotelling, *supra* note 53, at 246; Gruber, *supra* note 9, at 594 n. 5; Nechyba, *supra* note 54, at 291, 298-9.

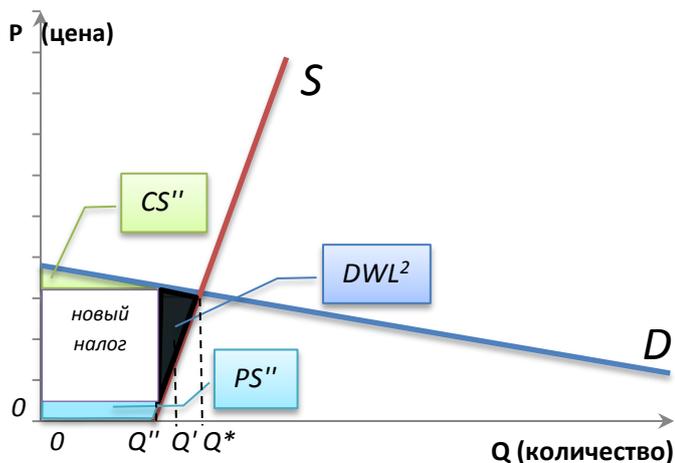


рис. 8

Опять-таки увеличение налога еще больше поднимает конечную цену для потребителей, которую они отныне вынуждены платить за единицу блага, потребляя при этом сравнительно меньший объем блага (новое количество Q'' , которое меньше чем предыдущие: $Q'' < Q' < Q^*$), причем параллельно с этим производители вынуждены сокращать производство – сообразно сократившемуся спросу, хотя получают они еще меньше за единицу продаваемого блага, чем до увеличения налога. Правда, выручка государства от налога возрастает, а потому государство может направить больше денег на поддержку нуждающихся, хотя бы и ценой сокращения полезности от участия в рыночном обмене для потребителей и производителей.

Описанная экономическая модель позволяет понять ряд фундаментальных для любой политики регулирования аксиом: во-первых, вмешательство государства в свободный рынок, даже если оно преследует благи цели, сопряжено с существенными потерями для оборота;⁵⁷ во-вторых, от вмешательства страдают обе стороны – и потребители, и производители, причем последние в меньшей степени, поскольку они обычно перекладывают издержки от налогов на потребителей;⁵⁸ в-третьих, всякое перераспределение за счет изъятия у одних и направления компенсаций другим, если ранее уже вводились налоги, сопряжено с ростом издержек не в линейной пропорции, а в квадратной степени, соответственно, у всякого последующего увеличения налогов

⁵⁷ Nechyba, *supra* note 54, at 671, 287.

⁵⁸ *Id.*, at 672-677.

есть объективные ограничения, иначе невосполнимые издержки (*DWL*) перекрывают собой рост налоговой выручки,⁵⁹ после чего увеличивать налоги уже бессмысленно.

Как и во всех предыдущих разделах настоящей работы рассмотренная экономическая логика применима к праву, коль скоро спрос на право и его предложение могут быть описаны в схожих терминах с тем, о чем только что говорилось выше. Так, полезность, получаемая потребителями и производителями от участия в рыночном обмене, это полезность, получаемая обществом и государством от правовой системы: фактически вся сфера права и есть полезность, получаемая от права (*CS+PS*). При текущем уровне производства права и цене (для участников оборота цена равна издержкам, связанным с обращением к праву, для государства цена равно издержкам по производству права) устанавливается точка равновесия со спросом со стороны участников оборота. Однако поскольку объем предложения права не отвечает текущему спросу, плюс к тому само право не слишком адекватно защищает тех или иных участников оборота, государство, движимое благами намерениями (ровно так же, как и при введении корректирующих налогов), вводит одно за другим ограничения – в частном ли праве в виде императивных норм, в публичном ли под видом излишнего регулирования,⁶⁰ не отвечающего критерию эффективности Парето, – как следствие сфера полезности от права сокращается, а в конечном счете сама по себе сфера правового сжимается. В итоге и без того не слишком огромная, особенно в сравнении с непокрытым спросом на право, сфера правового (площадь фигур *CS+PS*) сжимается, а до того неудовлетворенный спрос на право оказывается в точке, где объем права, доступного для участников оборота, еще меньше, чем прежде (точка *Q'* на рис. 7), при

⁵⁹ *Id.*, at 299; Browning, *supra* note 54, at 292; James M. Buchanan, *The Pure Theory of Government Finance: A Suggested Approach*, 57 J. POL. ECON. 496, 497 (1949); Edgar K. Browning, *On the Marginal Welfare Cost of Taxation*, 77 AM. ECON. REV. 11, 22 (1987); Charles L. Ballard and Steven G. Medema, *The Marginal Efficiency Effects of Taxes and Subsidies in the Presence of Externalities*, 52 J. PUB. ECON. 199, 211-12 (1993).

⁶⁰ Одним из примеров публично-правового регулирования, которое в первом приближении ориентировано на защиту общего интереса, а в итоге приводит лишь к сокращению полезности от права, является ограничение на вход в те или иные сферы бизнеса. Так, если государство вводит барьеры для занятия определенным видом деятельности (лицензирование, требование к капиталу, требования к работникам специально регулируемых бизнесов), то с одной стороны, это обеспечивает более высокий уровень защиты потребителей товаров и услуг, производимых такими бизнесами, а с другой, способствует установлению монополий на рынке, а значит, ведет к тому, что монополизация способствует образованию невосполнимых потерь (*DWL*) ровно так же, как и при введении корректирующих налогов. Иначе говоря, государство, вводя ограничения на вход, вроде бы преследует благие цели (аналогично корректирующим налогам, ориентированным на перераспределение в пользу бедных), но на деле увеличивает от подобного регулирования «на входе» издержки, связанные с «мертвым бременем». Более формальное описание подобной логики применительно к монополиям и тому, каким образом государство способствует их образованию, см.: Richard A. Posner, *The Social Costs of Monopoly and Regulations*, 83 J. POL. ECON. 807, 815-21 (1975); Richard A. Posner, *Economics, Politics, and the Reading of Statutes and the Constitution*, 49 U. CHI. L. REV. 263, 271-2 (1982).

этом цена (издержки на обращение к праву) – еще выше (цена, соответствующая точке Q' на рис. 7, проходящая по верхней границе налога).

Далее, если государство не унимается, а лишь увеличивает со временем число императивных норм в частном праве или нагнетает регулятивную нагрузку на участников оборота в рамках публично-правового регулирования, то происходит рост невосполнимых потерь (DWL) для участников оборота: с одной стороны, увеличивается уровень защиты тех субъектов, ради которых вводятся те или иные императивные нормы или устанавливается публично-правовое, но при этом экономически неэффективное по содержанию регулирование,⁶¹ но с другой, из-за сокращения полезности от права, сокращения сферы правового, в разы начинают возрастать негативные последствия от такого нового императивного регулирования. Следовательно, новое императивное регулирование, сообщаемое участникам оборота, даже если предположить, что оно само по себе не затрагивает спрос на право и его предложение, повторяет судьбу корректирующих налогов: преследуя, в общем, благие общепользные цели, оно в итоге приводит к тому, что проигрывают все – и те, ради кого оно вводилось, и те, кто ограничивается таким регулированием. Более того, поскольку в любом правовом порядке всегда существует некий изначально минимальный уровень императивных включений в частном праве и регулятивная нагрузка на участников оборота в праве публичном, то всякое новое введение императивных норм или усиление регулятивной нагрузки есть не введение такого регулирования впервые, а лишь увеличение удельного веса таких норм в системе права, то есть добавление новых императивов в дополнение к уже существующим. Иными словами, поскольку введение каждой новой императивной нормы оказывается добавлением ее к уже существующему массиву императивных норм (увеличением регулятивной нагрузки в публично-правовой сфере), то – следуя той же логике невосполнимых потерь (DWL) от увеличения корректирующих налогов, которые растут не линейно, а в квадрате к увеличению ставки налога – можно предположить, что ровно так же императивные

⁶¹ Такое регулирование может быть неэффективным с позиций Парето-эффективности (никто не проигрывает от каждого шага по изменению регулятивной среды: если выигрывают одни от императивных норм или излишней регулятивной нагрузки, но проигрывают другие, то с т.з. Парето это ухудшение, а не улучшение), хотя и эффективным по Калдор-Хикс (за каждое ухудшение от новых норм страдающие субъекты получают некоторую компенсацию, то есть эффективность достигается через перераспределение благ, обеспечиваемое государством). Однако если та группа субъектов, которая страдает от нового регулирования не получает вовсе никакой компенсации за ухудшения, которые им приходится претерпевать от нового регулирования, то его нельзя признать эффективным даже с позиций Калдор-Хикс эффективности, являющейся более «слабым» критерием эффективности, чем Парето-эффективность – ср. J. R. Hicks, *The Foundations of Welfare Economics*, 49 ECON. J. 696, 706 (1939).

нормы будут увеличивать невосполнимые потери для участников оборота от сокращения полезности от права. Сфера правового в таком случае сокращается намного сильнее, чем благотворный эффект от защиты тех или иных участников оборота, ради защиты интересов которых соответствующие нормы вводились. Тем самым для участников оборота, формирующих спрос на право, наблюдается тот же эффект, что и от введения корректирующих налогов в части цены и количества, доступного при установившемся рыночном равновесии: даже если точка рыночного равновесия остается неизменной в сравнении со временем, когда еще не было императивного регулирования или увеличившейся регуляторной нагрузки, реальное количество права, доступного участникам оборота (ср. количество на рис. 7: сокращение его и смещение с точки Q^* к Q'), оказывается меньшим, чем до введения такого регулирования, при этом цена, то есть издержки на обращение к праву, – выше. Участники оборота в итоге оказываются в проигрыше.⁶²

Однако не выигрывают от такого положения и те, кто занимается производством права – законодатели, судьи, представители юридической доктрины: объем правового регулирования, сообщаемого участникам оборота, также сокращается, правовая материя истончается, право примитивизируется, превращается в предельно неразвитое

⁶² Идеи Познера о том, что регулирование по своему негативному эффекту мало чем отличается от налогов, а потому всегда порождает невосполнимые потери (*DWL*), привели впоследствии к дискуссии среди экономистов о том, что лучше, или более оптимально, – вводить корректирующие налоги для корректировки экстерналий или вводить то или иное регулирование экономической деятельности. Одна группа авторов (Зекхаузер, Кэплов, Шавел), по сути основываясь на модели Мирлиса (J. A. Mirrlees, *An Exploration in the Theory of Optimum Income Taxation*, 38 REV. ECON. STUD. 175 (1971)) отстаивают тезис, что регулирование еще хуже корректирующих налогов, поскольку оно сочетает в себе как негативный эффект от корректирующих налогов, так и дополнительный эффект от самого регулирования, а потому все это приводит к удвоению негативного эффекта для участников оборота (*double distortion*), соответственно, вместо регулирования – если вообще имеет смысл устранять негативные экстерналии через государственное вмешательство в экономику, то лучше уж корректировать поведение участников оборота и достигать перераспределения имущественных благ через налогообложение, коль скоро оно сопряжено с негативом в виде *DWL* от самого налогообложения лишь однажды. См.: Aanund Hylland and Richard Zeckhauser, *Distributional Objectives Should Affect Taxes but Not Program Choice or Design*, 81 SCAND. J. ECON. 264 (1979); Steven Shavell, *A Note on Efficiency vs. Distributional Equity in Legal Rulemaking: Should Distributional Equity Matter Given Optimal Income Taxation?* 71 AM. ECON. REV. 414 (1981); Louis Kaplow and Steven Shavell, *Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 J. LEGAL STUD. 667 (1994); Louis Kaplow, *The Optimal Supply of Public Goods and the Distortionary Cost of Taxation*, 49 NAT. TAX J. 513 (1996); Louis Kaplow and Steven Shavell, *Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income*, 29 J. LEGAL STUD. 821 (2000).

Оппоненты этой точки зрения полагают, что регулирование как таковое принципиально не порождает невосполнимых потерь (*DWL*), отличных от тех, что сопряжены с корректирующими экстерналиями налогами или подавлением деловой активности в модели Мирлиса (*distortions*), а потому отказываться от регулирования в пользу сугубо налогового воздействия не имеет смысла – ср.: Chris William Sanchirico, *Taxes versus Legal Rules as Instruments for Equity: A More Equitable View*, 29 J. LEGAL STUD. 797 (2000); Chris William Sanchirico, *Deconstructing the New Efficiency Rationale*, 86 CORNELL L. REV. 1003, 1007-10 (2001).

и не слишком нюансированное, на первый план выходит производство права как текста (всевозможных законов и прочих нормативных правовых актов), а не смысла (Парето эффективного правового регулирования).

Таким образом, корректировка экстерналий, связанных с недостаточностью наличного правового регулирования, через введение в право аналога налогов Пигу – императивов или излишней зарегулированности – приводит к тому же, что и названные корректирующие налоги: сокращению реального потребления (сокращению количества, то есть в конечном счете к уменьшению всей сферы правового) права при одновременном увеличении цены (повышения издержек на обращение к праву и его применению). Как на это реагируют участники оборота? Об этом речь пойдет в следующем разделе.

V. МИГРАЦИЯ В ИНОСТРАННЫЕ ЮРИСДИКЦИИ: ТЕОРИЯ СРАВНИТЕЛЬНЫХ ПРЕИМУЩЕСТВ И РЕГУЛЯТИВНАЯ КОНКУРЕНЦИЯ.

Спрос на право, как уже отмечалось выше, отличается некоторой эластичностью: право – это не то благо, которое жизненно необходимо участникам оборота и без которого они не могут жить. Право, конечно, важно для социальной жизни, но поскольку существовать можно и при предельно минимальном уровне развития права, а вместо права как формализованной регулятивной среды зачастую могут использоваться всевозможные субституты, то спрос на право запросто уменьшается, если растет цена, то есть издержки участников оборота при обращении к сфере правового. Как и в случае с эластичностью спроса на материальные блага (товары), одним из наиболее важных факторов, определяющих высокую эластичность спроса, оказывается способность конкретного блага к замене его на что-то другое, близкое по своим потребительным свойствам к такому благо: если такая замена легко возможна, а цена на альтернативное благо ниже, чем на то, что изначально потреблялось, то спрос переключается на заменитель, оставляя первое – подорожавшее благо – в том же, а то и меньшем объеме потребления, чем до повышения цены, то есть происходит сокращение величины спроса на одно благо, но при этом растет спрос на заменитель.

Применительно к праву роль субститутов, то есть альтернативных нематериальных благ, потребляемых участниками оборота взамен права – по причине несоответствия текущего соотношения количество / цена, то есть при неудовлетворенном спросе на право при текущем уровне издержек, связанных с

применением права, – такую роль выполняют неформализованные институты (коррупция, организованная преступность),⁶³ а также уход в параллельные с государством институты применения права (арбитраж,⁶⁴ медиация, профессиональные сообщества со своими институтами⁶⁵) либо иные правопорядки, то есть зарубежные юрисдикции. Совокупность доступных альтернатив национальному праву, сложившемуся «здесь и сейчас», и цена, то есть уровень издержек, связанных с обращением к таким альтернативам, определяют то, насколько легко или сложно участники оборота, подчиняющиеся конкретному национальному правопорядку, переключаются на субституты, а значит, и то, насколько эластичен спрос на само национальное право. Соответственно, ни феномен недопроизводства права, ни излишняя императивность частного права или зарегулированности в публичном праве не оказывают препятствием к тому, чтобы национальное право – несмотря на сокращающуюся его доступность и полезность – далее лишь еще больше игнорировалось участниками оборота. Иными словами, если спрос на право довольно эластичен, то при увеличении цены за единицу блага величина спроса на такое благо – следуя общим законам теории спроса и предложения – будет сокращаться, напротив, спрос на заменители права, включая институты, связанные с применением права в рамках иной национальной юрисдикции, – будет расти. Наиболее ярким примером такого переключения на субституты являются бегство в иностранные юрисдикции деловой активности: если национальный правопорядок по тем или иным причинам не в состоянии обеспечить спрос на частное право, то деловая активность начинает искать правовые регуляторы, позволяющие формализовать бизнес-договоренности и минимизировать будущие риски, связанные с «плохим правом», уже в иностранных правопорядках.

К великому сожалению, Россия сегодня и российское частное право в последние 10-15 лет являются яркими примерами того, как крупные бизнес-проекты,⁶⁶ связанные

⁶³ Jonathan R. Hay, Andrei Shleifer, and Robert W. Vishny, *Toward A Theory of Legal Reform*, 40 EUR. ECON. REV. 559, 560 (1996).

⁶⁴ Katharina Pistor, *Supply and Demand for Contract Enforcement in Russia: Courts, Arbitration, and Private Enforcement*, 22 REV. CENT. & E. EUR. L. 55, 57-64 (1996); Jonathan R. Hay and Andrei Shleifer, *Private Enforcement of Public Laws: A Theory of Legal Reform*, 88 AM. ECON. REV. PAPERS AND PROC. 398 (1998).

⁶⁵ David Charny, *Nonlegal Sanctions in Commercial Relationships*, 104 HARV. L. REV. 375 (1990); Lisa Bernstein, *Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, 21 J. LEGAL STUD. 115 (1992); Lisa Bernstein, *Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms*, 144 U PA. L REV. 1765 (1996); Lisa Bernstein, *Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions*, 99 MICH. L. REV. 1724 (2001).

⁶⁶ Как показывает исследование, проведенное АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры» в апреле–мае 2012 г., большинство (57%) респондентов вообще не подчиняло российскому праву значимые сделки

с российскими активами, оказываются обремененными в нормы права иностранных государств.⁶⁷ При том, что «номинальный объем производства права» в России – если его измерять количеством принимаемых законов и всевозможных нормативных правовых актов – вряд ли указывает на какое-либо недопроизводство права внутри России, поскольку количество норм во всех сферах регулирования растет неустанно, однако можно ли такое нормотворчество признать производством права? Одно лишь умножение текстов законов, когда они не подкреплены эффективной системой правоприменения, а содержание многих законов и нормативных актов также вызывает вопросы с т.з. их экономической эффективности и долгосрочного эффекта, не есть увеличение сферы правового, напротив, такое производство текстов лишь оказывает дестимулирующее воздействие на участников оборота, сигнализируя о продолжающемся и повторяемом из год в год неудовлетворение спроса на право, того права, которое реально необходимо субъектам оборота. Даже если участники оборота не слишком искренни в проявлении своих потребностей по части требуемого объема права, их поведение, выражающееся в массовом исходе в иностранные юрисдикции, как нельзя лучше проявляет их истинные предпочтения. Ожидания участников оборота, построенные на прежнем опыте, лишь утверждают их в мысли, что отечественное право и институты, его обслуживающие, в долгосрочной перспективе не могут удовлетворить потребности в правовом регулировании сообразно сложившемуся соотношению «количество – цена», а потому на будущее лучше поискать альтернатив в

либо подчиняло ему не более 10% таких сделок; треть компаний (33%) подчиняют российскому праву от 10 до 50 % значимых сделок, и только 10% компаний используют российское право для более чем 50% заключаемых ими сделок. Главными причинами предпочтения иностранного права корпоративные юристы называли неудобство российского коммерческого законодательства для ведения бизнеса (67%) и предпочтение российским судам иностранных форумов, судов и третейских институтов (62%), все прочие причины отступают на второй план (налоговый режим указали 48%, участие иностранных контрагентов в сделке – 14%, стремление скрыть бенефициары в сделке – 14%, отсутствие в законодательстве надежных механизмов защиты инвестора – 10% респондентов). Подробнее см.: Афанасьев Д. Конкуренция юрисдикций: суверенитет на 10% // Ведомости 2012 № 117 (3131). Нечто схожее наблюдалось и в сфере разрешения крупных коммерческих споров: якобы в 2012 г. половина дел в Высоком суде Лондона была связана с Россией или странами СНГ, а в Лондонском международном арбитражном суде (LCIA) 20% всех дел имеют отношение к России и СНГ. См. подробнее: Багаев В. Половина дел в Лондоне связана с Россией и СНГ // Английские юристы рассказали о причинах успеха. Размещено на интернет-сайте по адресу: http://zakon.ru/Blogs/polovina_del_v_londone_svyazana_s_rossiej_i_sng__anglijskie_yuristy_rasskazali_o_pric_hinax_uspeha/3566 [22.01.2016].

После проведенной реформы гражданского законодательства спрос на российское частное право повысился, хотя все равно, если верить недавним опросам, оставляет желать лучшего – ср.: Базанова Е. Форс по закону // Ведомости 2015 № 224 (3970).

⁶⁷ Наиболее обширный обзор происходящего по истине бедствия – иначе сложно назвать процесс массового бегства российского бизнеса в иностранные корпоративные и договорные юрисдикции – приводится в недавней блестящей публикации на эту тему – см.: Delphine Nougayrède, *Outsourcing Law in Post-Soviet Russia*, 6 J. EURASIAN L. 383 (2013).

чем-то или где-то еще. Неудивительно в таком случае, что для незначительных (по стоимости активов или величине риска) транзакций применяется право российское, в то время как для чего-то более значимого или отнесенного далеко в будущее – деловая активность мигрирует в юрисдикцию иностранных правопорядков, несмотря на то, что наиболее тесно такие транзакции продолжают быть связанными с российской экономикой.

Экономический анализ права дает, как минимум, два объяснения, почему процесс бегства в иностранные правопорядки деловой активности, связанной с экономикой одной страны, но избирающей регулятивную среду другого государства, не может быть запросто остановлен, а напротив, такое бегство может лишь усиливаться со временем, поскольку оно подчиняется своей, опять-таки сугубо экономической логике.

Во-первых, в данном случае наблюдается одно из проявлений теории сравнительных преимуществ (*comparative advantage*),⁶⁸ правда, применяемой здесь не в отношении производства материальных благ, а права как одной из разновидностей благ нематериальных. Согласно классической версии этой теории, предложенной Д. Рикардо,⁶⁹ мировая торговля базируется на некотором международном разделении труда между отдельными государствами: то что выгоднее производить в одной стране, следует продолжать производить далее, обменивая это на то, что не производится внутри национальной экономики или производится в недостаточном объеме; соответственно, контрагент в таком международном обмене также выигрывает, поскольку производит то, что более выгодно ему и получает то, что сам, возможно, и может произвести, но такое производство было бы менее выгодным, чем обмен с иными экономиками. К примеру, если одна экономика обладает необходимыми ресурсами (финансовыми, материальными, людскими и научными) для производства компьютеров, что позволяет выпускать компьютеры при минимальной себестоимости, а другая – обладает таким же потенциалом для выпуска автомобилей, то согласно теории сравнительных преимуществ первой экономике не стоит развивать собственное производство автомобилей, а напротив, удерживать лидерство в производстве

⁶⁸ Hollis B. Chenery, *Comparative Advantage and Development Policy*, 51 AM. ECON. REV. 18 (1961); Stephen Redding, *Dynamic Comparative Advantage and the Welfare Effects of Trade*, 51 OXFORD ECON. PAPERS 15 (1999); Nathan Nunn and Daniel Trefler, *Domestic Institutions as a Source of Comparative Advantage*, in: 4 HANDBOOK OF INTERNATIONAL ECONOMICS, ELHANAN HELPMAN, GITA GOPINATH, AND KENNETH ROGOFF EDS., 263-315 (North Holland, 2014).

⁶⁹ DAVID RICARDO, ON THE PRINCIPLES OF POLITICAL ECONOMY AND TAXATION 77-93 (London: John Murray, 1817).

компьютеров, а на вырученные средства закупать автомобили, второй же, наоборот не стоит тратиться на догоняющее развитие в деле производства компьютеров, сосредоточившись на автомобилестроении, за счет развития которого затем покупать компьютеры. Взаимная торговля, как учит указанная теория, в итоге сделает то, чего не позволяло достигнуть автономное, внутринациональное производство всего и вся: что-то, что не производно в одной стране, может быть приобретено в другой. При таком подходе каждое из государств в итоге выигрывает: даже если речь идет об относительных, а не абсолютных преимуществах, подобная международная кооперация и обмен приводит к тому, что каждая из стран-участниц международного обмена развивает свою внутреннюю экономику и производство, а не превращается в автаркию, окопавшуюся крепость. Другой вопрос, что такое международное разделение труда между национальными экономиками лишь усиливает разрыв между беднейшими и богатыми государствами: первые в таком разделении труда остаются на наиболее низких ступенях технологического, а значит, и общего экономического развития, в то время как вторые лишь умножают свое национальное богатство и развивают далее человеческий капитал.

Очевидно, нечто подобное наблюдается в случае с производством права. Одни государства инвестируют в развитие права и институтов, обеспечивая доступ к высокоразвитым институтам не только своих граждан или внутринациональных корпораций, но также субъектов извне: иностранные компании и зажиточные граждане, особенно во время усиливающейся глобализации, запросто могут использовать не свое национальное право, а то право, которое им наиболее удобно, причем обеспечивающее разумное соотношение между «качеством» такого права и его ценой (повышенными издержками, связанными с применением иностранного – для таких субъектов извне – права). Напротив, национальное право там, где оно не развивается и не так широко используется, как могло бы, если к нему обращались все резиденты соответствующей юрисдикции, лишь деградирует. Следуя названной теории сравнительных преимуществ в странах, где правовая система и институты оказываются недоразвитыми – в сравнении с соседними государствам, далее лишь замедляется развитие сферы производства права; правда, может успешно развиваться то, что удастся такой стране, например, субституты права в виде коррупции или организованной преступности; более того, такие заменители права выступают поставщиками финансовых средств и активов, приобретенных сомнительным путем, требующим их «обеления», легализации в тех юрисдикциях, где авторитет права на порядок выше. Незрелое право и плохие

институты в таком случае оказываются одним из ключевых факторов, почему капитал не идет из богатых стран в бедные, напротив, капиталы, заработанные внутри таких бедных стран, предпочитают уезжать в богатые.⁷⁰ В подобном международном обмене, как это ни цинично звучит, оказываются заинтересованы обе стороны: как страна, имеющая развитую правовую систему, так и страна (страны), лишенные развитого права. Первая «продает» институты субъектам вовне, причем те блага (право и институты), производство которых у нее получается довольно успешно, то есть при сравнительно небольших издержках, в то время как вторая, преуспевая в производстве иных благ – чего угодно, но только не права, покупает такие блага в лице крупных корпораций или состоятельных граждан, которые могут позволить себе приобретение иностранного права. Страны, «экспортирующие» свое право, фундаментально не заинтересованы в развитии права и институтов в странах, «импортирующих» такое право, а страны-импортеры, чем дальше во времени, тем все менее и менее способны к созданию развитого и нюансированного права, поскольку разрыв с наиболее развитыми правовыми порядками лишь увеличивается как с позиций содержательных, так и с точки зрения институтов,⁷¹ необходимых для постоянного развития и предсказуемого применения права. Тем самым в силу теории сравнительных преимуществ страны с наиболее развитой правовой системой будут и далее развивать национальное право, вовлекая в орбиту своего правового суверенитета субъектов из стран с неразвитыми институтами и слабым правом, а государства, не имеющие развитой правовой системы, напротив, и дальше будут прозябать с самым примитивными институтами.

Во-вторых, оборотной стороной отмеченного выше «разделения труда» на уровне государств, участвующих в международной гонке по привлечению капитала, умов и иных ресурсов, столь важных для экономического развития, – и все это за счет создания развитых правовых и прочих институтов – оказывается феномен конкуренции правовых порядков. Идею регулятивной конкуренции (конкуренции правовых порядков) или, что то же самое, регулятивного арбитража,⁷² принято ассоциировать с именем Ч. Тибу,

⁷⁰ Robert E. Lucas, Jr., *Why Doesn't Capital Flow from Rich to Poor Countries?*, 80 AM. ECON. REV. PAPERS AND PROC. 92 (1990); Elias Papaioannou, *What Drives International Financial Flows? Politics, Institutions and Other Determinants*, 88 J. DEVELOP'T ECON. 269 (2009).

⁷¹ See, e.g., Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez-De-Silanes, and Andrei Shleifer, *Courts*, 118 Q. J. ECON. 453 (2003); Daron Acemoglu, Simon Johnson, and James A. Robinson, *Institutions as a Fundamental Cause of Long-run Growth*, in: 1 HANDBOOK OF ECONOMIC GROWTH HANDBOOK OF ECONOMIC GROWTH, PHILIPPE AGHION AND STEVEN N. DURLAUF EDS. 385-472 (Elsevier B.V., 2005).

⁷² Обычно когда анализ указанной идеи идет с нейтральных (лишенных какой-либо ценностной окраски) позиций или отмечающих то или иное позитивное влияние регулятивной конкуренции на развитие национального права или институтов, соответствующие исследователи предпочитают вести речь о регулятивной конкуренции или соревновании правовых порядков (*regulatory competition*). Напротив, если

предложившего ее в небольшой статье, опубликованной в 1956 г.⁷³ В основе модели Тибу, которая, по мысли автора,⁷⁴ позволяет решить описанную выше проблему недопроизводства публичных благ из-за ложных предпочтений субъектов оборота, лежит простая идея: если есть несколько субъектов (территориальных единиц, штатов внутри федерации или независимых государств), производящих публичные блага, например, регулятивную среду, то каждый из таких субъектов рано или поздно начнет производить оптимальное количество публичных благ на единицу налогов, собираемых государством с субъектов оборота как плата за то, что государство производит публичные блага. Соответственно, если есть множество суверенов, производящих публичные блага, то кто-то из них будет более успешным, а кто-то – менее в таком производстве. Граждане, а равно и все прочие потребители публичных благ, даже если они до того показывали ложные предпочтения по части истинного уровня спроса на публичные блага, а также цены, которую они готовы платить за такой-то уровень публичных благ, начинают мигрировать в те юрисдикции, где за сравнительно меньшую цену (величину налогов) предоставляется больший объем публичных благ.⁷⁵ Тем самым фактом миграции в наиболее привлекательные с точки зрения соотношения «цена – количество» публичных благ территории для проживания и ведения экономической деятельности, во-первых, обеспечивается более корректное проявление истинных предпочтений субъектов оборота, а во-вторых, обеспечивается Парето-улучшение, поскольку государства и иные публично-правовые образования, вовлеченные в производство публичных благ, начинают производить таких благ больше на единицу цены чем прежде, то есть до начала подобного соревнования.⁷⁶

Вместе с тем, модель Тибу держится на ряде допущений, которые критиковались не раз экономистами как не имеющие ничего общего с реальной действительностью, а потому эта модель является красивой теоретической

конкретный исследователь пытается показать негативный эффект от регулятивной конкуренции, ведущей к нивелированию тех или иных ограничений, то параллельно с обоснованием «движения по нисходящей вниз» (*race to the bottom*), в которое якобы пускается любой правопорядок, ослабляющий императивное начало в частном праве или снижающий регулятивную нагрузку в праве публичном, указанное соревнование между правопорядками обычно начинает именоваться как регулятивный арбитраж (*regulatory arbitrage*), имея в виду, что за счет частых транзакций между субъектами из разных правопорядков какие-либо существенные различия между разными системами права стираются, все они становятся одинаково безучастными к нуждам слабой стороны или иных субъектов оборота, требующим специальной защиты. Однако если убрать ценностную или эмоциональную окраску, то какой-либо существенной разницы между конкуренцией правопорядков и регулятивным арбитражем не обнаруживается.

⁷³ Charles M. Tiebout, *A Pure Theory of Local Expenditures*, 64 J. POL. ECON. 416 (1956).

⁷⁴ *Id.*, at 418.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Id.*, at 420, 422-4.

конструкцией, дающей некоторое понимание общей идеи конкуренции правопорядков, то есть позитивную модель, но не нормативную. Так, в числе предпосылок, при которых эта модель работает, Тибу предложил следующие: (1) потребители публичных благ (избиратели) обладают неограниченной мобильностью, то есть могут запросто менять одну юрисдикцию на другую; (2) они имеют всю полноту информации о соотношении между налогами, взимаемых в той или иной юрисдикции, и уровнем производства публичных благ, предоставляемых в такой юрисдикции, причем тонко реагируют на различие в соотношении «цена – количество» между разными территориями; (3) имеется сравнительно большое число территорий, среди которых избиратели могут выбирать место для своей жизни; (4) ограничения, связанные со способностями трудиться, объективно присущие разным категориям работников, игнорируются; (5) публичные блага, предоставляемые в рамках одной территории, не связаны с другими, то есть ни издержки, ни блага от производства публичных благ в рамках одной территории не отражаются на другой (всех других), они полностью локализованы внутри каждой отдельной территории; (6) уровень производства публичных благ внутри каждой территории является оптимальным с позиций известного управленцам такой территории числа жителей, что обеспечивает низкие издержки производства при большом выпуске объема (*economies of scale*); (7) территории с незначительным числом жителей, недостаточным для обеспечения нужного объема производства публичных благ при минимальном уровне издержек на единицу производимого блага, привлекает к себе новых жителей, чтобы обеспечить оптимум, напротив, те, где наблюдается переизбыток жителей, стимулируют отток жителей в другие территории с тем, чтобы обеспечить минимальный уровень издержек и тем самым вернуться к оптимальному уровню производства публичных благ.⁷⁷

Критики указанной модели указывали на ее некоторую идеалистичность, оторванность от реальной жизни, поскольку не одна, а многие из указанных предпосылок на деле, конечно, не выдерживаются, а потому данная модель является элегантным теоретическим концептом, не решающим проблему недопроизводства публичных благ. Более того, сам Тибу отмечал, что одно из наиболее уязвимых мест в данной конструкции это неограниченная свобода перемещения: если субъекты не обладают абсолютной свободой менять одну территорию на другую, то все прочие предпосылки уже не столь значимы, поскольку смена юрисдикции в таком случае

⁷⁷ *Id.*, at 419.

сродни рыночному обмену⁷⁸ (на обычном рынке потребитель голосует рублем, а тут – ногами). Вместе с тем, экономисты, прекрасно осознавая, вслед за создателем указанной теории, что она есть не более, чем упрощение реальной действительности, продолжают использовать ключевые идеи Тибу для описания соревновательного процесса, который в любом случае наблюдается на международном уровне, ведь отрицать наличие подобной конкуренции между правовыми порядками, в общем, тоже не отвечает тому, что наблюдается на практике.

Вместе с тем, модель Тибу, даже если она не применима в качестве всё объясняющего концепта, оказывается работоспособной для некоторой части субъектов оборота, причем наиболее экономически активной. Для корпораций, особенно крупных транснациональных корпораций или лидеров отдельных отраслей, как правило, вовлеченных в производство товаров с высоким компонентом интеллектуального труда, все или почти все из указанных предпосылок модели Тибу запросто выдерживаются – для них регулятивная конкуренция это не теория, а реальность. Так, бизнес, структурированный через множество корпораций, зарегистрированных в разных юрисдикциях, сегодня даже не требует физического перемещения: внутри такой группы компаний деловая активность легко перетекает туда, где национальным правом представляется более привлекательный режим для ведения бизнеса (от договорного и корпоративного права,⁷⁹ до налогов⁸⁰ и антимонопольного,⁸¹ экологического⁸² законодательства). Тем самым обеспечивается предельно высокая степень мобильности субъектов коммерческой деятельности. В отличие от граждан, не обладающих необходимыми ресурсами, крупный бизнес может себе позволить постоянный мониторинг изменяющейся регулятивной среды одновременно в нескольких юрисдикциях, что обеспечивает максимально полную информацию о соотношении «качество – цена», то есть какой уровень регулятивной нагрузки он получает за

⁷⁸ *Id.*, at 420.

⁷⁹ See, e.g., William W. Bratton and Joseph A. McCahery, *The Equilibrium Content of Corporate Federalism*, 41 WAKE FOREST L. REV. 619 (2006); REGULATORY COMPETITION IN CONTRACT LAW AND DISPUTE RESOLUTION, HORST EIDENMULLER ED. (C.H. Beck-Hart-Nomos, 2013).

⁸⁰ See, e.g., John Douglas Wilson and David E. Wildasin, *Capital Tax Competition: Bane or Boon*, 88 J. PUB. ECON. 1065 (2004); John Douglas Wilson, *Theories of Tax Competition*, 52 NAT. TAX J. 269 (1999); Reuven S. Avi-Yonah, *Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State*, 113 HARV. L. REV. 1573 (2000); CLAUDIO RADAELLI, *THE POLITICS OF CORPORATE TAXATION IN THE EUROPEAN UNION: KNOWLEDGE AND INTERNATIONAL POLICY AGENDAS* (Routledge, 1997).

⁸¹ Eleanor M. Fox, *Antitrust and Regulatory Federalism: Races Up, Down, and Sideways*, 75 N.Y.U. L. REV. 1781 (2000); Andrew T. Guzman, *Antitrust and International Regulatory Federalism*, 76 N.Y.U. L. REV. 1142 (2001).

⁸² David M. Konisky, *Regulatory Competition and Environmental Enforcement: Is There a Race to the Bottom?*, 51 AM. J. POL. SCI. 853 (2007).

единицу уплачиваемого налога. Аналогично со всеми прочими предпосылками, обозначенными Тибу: все они так или иначе применимы к крупным корпорациям. Более того, менеджеры публичных корпораций с высокой степенью распыления акционерного капитала не подчиняются напрямую велению какого-либо отдельного акционера или регулятора, они подвижны лишь общим прессингом со стороны фондового рынка по максимизации рыночной капитализации бизнеса и дохода акционеров – в таком случае стремление к наживе лишь подстегивает менеджеров искать наиболее благоприятные, с регулятивной точки зрения, юрисдикции. Соответственно, чем меньше бизнес конкретной корпорации привязан к каким-либо капитальным затратам, произведенным в отдельной стране, и чем более распылен у нее акционерный капитал, а значит, отсутствует один или несколько контролирующих акционеров, способных навязывать свою волю корпорации, тем более мобильна такая корпорация и тем чувствительнее она будет откликаться даже на незначительные изменения в части предложения права в иных юрисдикциях, тем легче бизнес такой корпорации будет подвержен миграции в иные правовые порядки.

Итак, две идеи, столь популярные в стане экономической теории, а именно, теория сравнительных преимуществ и регулятивная конкуренция, позволяют объяснить, почему при недостаточном предложении права внутри национального правового порядка участники оборота могут переключать свой неудовлетворенный спрос на право либо на его субституты внутри национальных границ, либо обращать свои взоры в иностранные правовые порядки. Соответственно, усложнение экономической модели приводит к осознанию того, что определяющими факторами для спроса на право оказываются не только эластичность спроса и предложения права, уровень императивности или зарегулированности, но также и доступность субститутов права (внутри отдельного государства или вовне), плюс уровень развития и скорость изменения институтов внутри отдельного государства и во всех иных юрисдикциях, куда могут мигрировать участники оборота. Тем самым модель спроса на право оказывается не только динамической, то есть постоянно изменяющейся во времени, но также и задаваемой множеством факторов. Поскольку каждый из таких факторов представляет собой континуум, некую градацию от «меньше к больше», а не может быть описан как ноль или единица, то и спрос на право «здесь и сейчас» всегда есть отражение набора указанных факторов в самых разных вариациях и сочетаниях. И хотя при таком понимании сложно предложить какую-либо формулу, описывающую оптимальный уровень предложения права в ответ на текущий спрос, все же отдельные

ориентиры оно задает: если игнорировать спрос или чрезмерно увлекаться императивным регулированием, то спрос на право все равно находит свое удовлетворение, правда, уже в иных сферах – от неправовых до систем права иностранных государств.

VI. ВОЗМОЖНЫЕ РЕШЕНИЯ.

В отличие от всего предыдущего изложения, относящегося преимущественно к т.н. позитивному экономическому анализу права, то есть описанию и выявлению, объяснению экономической логики тех или иных юридически значимых процессов, в данной, завершающей части работы, настало время перейти к нормативному экономическому анализу. Нормативный экономический анализ права не столько выявляет экономическую логику или некоторые закономерности, сколько дает предложения по тому, какие регулятивные механизмы могут корректировать поведение экономических агентов в том или ином направлении,⁸³ как правило, определяемом критерием эффективности (по Парето или Калдору-Хиксу). Соответственно, ниже будут рассмотрены отдельные конструкции, которые позволяют отчасти скорректировать недопроизводство права как публичного блага и обеспечить сравнительно большее удовлетворение текущего спроса на право в рамках отдельно взятого национального правопорядка.

Отправной точкой для каких-либо нормативных выводов, проистекающих из анализа спроса на право как экономического явления, является сама кривая спроса. Совершенно очевидно, что любые улучшения в части обеспечения большей доступности права должны приводить к смещению точки рыночного равновесия вдоль по кривой спроса (см. рис. 5 выше) вправо и вниз: чем ниже по кривой спроса оказывается такая точка, тем больший объем права оказывается доступным участникам оборота при сравнительно низкой цене (издержках на обращение к праву) за единицу права. Напротив, движение по кривой спроса в сторону верхнего левого угла и стабилизация точки равновесия в верхних секторах кривой спроса будет указывать на сравнительно высокое недопроизводство права, его недоступность значительной части участников оборота, высокие издержки, связанные с применением национального права, а значит и на потенциальные риски ухода экономической активности в сферу неправового либо миграции в иностранные правопорядки. Вместе с тем, поскольку

⁸³ Подробнее о разграничении позитивного и нормативного экономического анализа права см.: RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 26-8 (5th ed., Aspen Law & Business, 1998).

взаимодействие спроса на право и его предложение – это динамический процесс, который определяется одновременно несколькими факторами, то достижение оптимального уровня производства права может быть обеспечено Парето-улучшениями по нескольким направлениям, как корректирующим спрос на право, например, через изменение его эластичности, так и предложение права, а также существенным ослаблением регулятивных включений, сокращающих полезность от права. Соответственно, набор предложений, проистекающих из представленного выше анализа, может быть сгруппирован сообразно тому, к какой части – спросу или предложению права – они относятся. При этом основная часть предложений, конечно, будет относиться к стороне предложения права, а не спроса на него, поскольку производство права, как было показано выше, представляет собой частный случай более фундаментальной проблемы, типичной для любых публичных благ: проблемы с проявлением истинных предпочтений участников оборота и агрегирования их воедино *a priori* будут приводить к недопроизводству подобного публичного блага.

К сожалению, набор возможных предложений по *усовершенствованию регулятивной среды в части спроса на право* нельзя назвать хоть сколько-нибудь действенным: либо такие предложения не слишком сильно изменяют текущий спрос либо административными, довольно негибкими способами навязывается отечественное право и выставляются барьеры на обращение к иностранному праву, при том что национальное право и далее будет оставаться неразвитым, а потому такой искусственно поддерживаемый спрос на национальное право есть следствие навязанных дополнительных издержек и еще большего роста невосполнимых потерь (*DWL*). Что это за меры?

Во-первых, необходимо стимулировать более широкое обращение участников оборота к праву как таковому (взамен неправовых субститутов) и национальному праву вместо права иностранных юрисдикций. По закону спроса подобное стимулирование спроса на право предполагает сокращение цены, то есть издержек на обращение к праву. Иными словами, издержки для субъектов оборота, связанные с обращением и применением права – причем издержки как прямые, материального свойства, так и косвенные, например, информационные, – должны сокращаться для того, чтобы величина спроса на право росла. В данном случае сокращение информационных издержек рука об руку идет с процессом формирования будущих ожиданий⁸⁴

⁸⁴ Такие ожидания не могут формироваться и поддерживаться, если отсутствует независимый суд как ключевой институт, обеспечивающий предсказуемое (с точки зрения логики, заданной в позитивном

потребителей права: вера в справедливое правоприменение и логичность правообразования будет чем дальше, тем больше формировать устойчивый спрос на право.

В качестве мер, направленных на сокращение информационных издержек (увеличение информированности участников оборота о возможностях, представляемых правом как на уровне законов, так и предсказуемой практикой административных и судебных органов его применения), нужно начинать с самого юридического сообщества: повышать информированность о возможностях, предоставляемых новейшим правом, нужно в среде судей и практикующих юристов, поскольку именно они являются проводниками в каждодневную практику всех тех идей, которые закладываются проектировщиками норм права, вне зависимости от того, где эти нормы отражаются – в законах или судебных прецедентах высших судов. Конечно, сокращение информационных издержек не равноценно сокращению прямых издержек, связанных с обращением к праву (инициирование судебного или административного разбирательства и все затраты, связанные с этим), однако учитывая, что спрос на право напрямую увязан с представлениями участников оборота и профессиональных юристов, что такое право и чего можно добиться при текущем уровне развития права, вполне возможно, что повышение информированности, образование публики, будет иметь куда больший эффект в деле стимулирования спроса на права, чем меры по сокращению цены в виде прямых издержек, связанных с правоприменением.

Во-вторых, если спрос на право фундаментально зависит от эластичности спроса, то другой угол приложения регулятивных интервенций, позволяющих скорректировать спрос, это сокращение его эластичности: если спрос именно на право как потребляемое благо будет менее эластичным, то участникам оборота придется чаще иметь дело с правом внутри отдельной национальной системы права – каким бы плохим оно ни было – а не с чем-то иным помимо национального правопорядка. Сокращение эластичности спроса на право возможно по двум направлениям: сокращение доступности заменителей за счет повышения их цены (увеличение издержек на обращение к субститутам права) и, напротив, увеличение доступности (сокращение цены и увеличение количества) благ, комплементарных⁸⁵ праву как

праве) правоприменение. Именно поэтому повышение независимости суда является одной из главнейших задач для того, чтобы обеспечить эффективность правоприменения – см.: Казун А., Яковлев А. Адвокатское сообщество и качество правоприменения в России // Экономическая политика 2015 Т. 10 № 5 С. 32-33.

⁸⁵ Комплементарные товары или блага, в отличие от субститутов (заменителей), в целом повторяют

основному потребляемому в таком случае благу.⁸⁶ Соответственно, первое направление (повышение цены субститутов) предполагает усиление борьбы государства с коррупцией и организованной преступностью, что тождественно повышению цены (издержек на обращение к ним) и сокращению доступного количества подобных субститутов права. Кроме того, государство может также способствовать повышению издержек на обращение к иностранному праву через введение всевозможных ограничений для участия в национальном обороте субъектов оборота, использующих конструкции иностранного права для управления активами, находящимися внутри национальной юрисдикции, проявление фаворитизма в отношении приведения в исполнение решений национальных арбитражей в ущерб арбитражным институтам, находящимся в иностранных юрисдикциях и т.д. Второе направление, предполагающее обеспечение большей доступности (меньшей цены и большего количества) комплементарных праву благ, может быть сведено к прямым субсидиям⁸⁷ (развитие бесплатной юридической помощи, финансируемой государством, поддержка институтов гражданского общества, занимающихся правозащитой, финансовая поддержка программ по увеличению юридической грамотности населения), а также развитию материальной инфраструктуры правоприменения (строительство зданий судов, правоохранительных органов, улучшение условий мест отбывания уголовных наказаний, развитие электронного правосудия и т.д.).

В части *увеличения предложения права* как публичного блага набор мер, позволяющих стимулировать предложение, если оставить в стороне прямые субсидии по созданию права, может сводиться к различным вариантам сокращения императивных включений в частном праве и излишней регулятивной нагрузки внутри

эластичность того блага, которому они комплементарны (являются взаимодополняющим благом), хотя бы принципиально не изменяя эластичность такого основного блага. Примеры комплементарных благ из области товаров повседневного спроса: сахар к чаю, сливку к кофе, бензин к автомобилю и т.д. – во всех этих случаях сокращение потребления основного блага неизбежно ведет к сокращению потребления комплементарных товаров, и наоборот. Хотя эластичность спроса на основной товар предопределяет эластичность спроса на комплементарное благо, но не наоборот (от того, что изменяется спрос на бензин вряд ли существенно изменится спрос на автомобили), все же существенное изменение эластичности спроса на комплементарное благо со временем может отражаться и на эластичности спроса на основное благо, поскольку воздействует на формирование ожиданий потребителей по основному благу (так, падение цены на бензин может со временем стимулировать спрос на автомобили, и наоборот, существенный рост цен на бензин приведет сначала к незначительному, а со временем более серьезному сокращению спроса на бензин, а еще через какое-то время также к падению спроса на автомобили). Подробнее о комплементарных благах и соотношении эластичности спроса на основное благо и его комплементы см.: Mankiw, *supra* note 4, at 70, 90-101, 445.

⁸⁶ Stigler, *supra* note 3, at 6.

⁸⁷ *Id.*, at 4.

публичного права (дерегулированию⁸⁸ как оно обычно именуется применительно к публично-правовой сфере), поскольку при том же номинальном объеме предложения права полезность от права будет возрастать, что впоследствии, в свою очередь, будет стимулировать развитие права через судебное правотворчество и административное правоприменение, а значит в более отдаленной перспективе приведет и к увеличению объема предложения права. Соответственно, такие предложения могут быть сведены к следующим позициям.

Во-первых, при проектировании правовых конструкций, особенно, если речь идет о нормах нормативно-правовых актов, следует проводить анализ издержек и возможных выгод (*cost-benefit analysis*)⁸⁹ от той или иной предлагаемой правовой конструкции. Конечно, сам по себе названный анализ не только не увеличивает объем предложения права, но даже не может дать гарантии от выбора субоптимального решения, когда делается политико-правовой выбор. Однако благодаря анализу издержек и выгод, если методология названного анализа выдерживается в ходе предварительного изучения политико-правовых решений, рассматриваемых как кандидаты на претворение в жизнь, создается четкая и понятная матрица обсуждения предлагаемых политико-правовых решений, в которой легко можно увидеть, какое решение более затратно для участников оборота, а значит, в перспективе будет приводить к сокращению полезности от применения права и сокращению общей сферы правового. Тем самым названный анализ помогает предотвратить Парето-неэффективные политико-правовые решения и, напротив, находить оптимальные правовые конструкции, тем самым увеличивая предложение права.

Во-вторых, обычно те или иные нормы права вводятся на будущее в принципе бессрочно – до тех пор, пока они не будут отменены или заменены чем-то новым. Вместе с тем, для императивных норм частного права, а также позитивных обязанностей и всевозможных ограничений и запретов внутри публичного права, учитывая, что такие нормы приводят к сокращению полезности от права и мигрированию деловой активности в сторону субститутов права или национального права, можно было в качестве общего момента использовать другой подход: по общему правилу вводить их

⁸⁸ Peltzman, *supra* note 51, at 18-37.

⁸⁹ Для общего ознакомления, а равно и для более углубленного изучения отдельных проблемы, связанных с анализом издержек и выгод, составляющим основу основ прикладного экономического анализа права, можно назвать базовое издание по данной проблематике: ANTHONY BOARDMAN, DAVID GREENBERG, AIDAN VINING, AND DAVID WEIMER, *COST-BENEFIT ANALYSIS* (4th ed., Prentice Hall, 2010).

с ограниченным сроком действия,⁹⁰ по истечении которого если такой срок не будет продлен, норма утрачивает свое действие. Мало того, что подобный подход будет приводить к «сгоранию» императивных включений в право и недопущению его перегрузки, он также будет заставлять законодателей и прочих правотворцев проводить регулярно анализ эффективности подобных включений в право, причем делать это постфактум, когда соответствующая норма либо показала свою эффективность, а потому будут уже накоплены эмпирические данные, подтверждающие правильность ранее сделанного политико-правового выбора, либо, напротив, ее бесполезность, а то и вредность для правопорядка. Кроме того, если каждое последующее увеличение императивности или регулятивной нагрузки приводит к сокращению полезности права во второй степени, то недопущение разрастания императивных начал в праве через отпадение их силы через какое-то время есть более эффективный механизм, работающий на автопилоте, который не давал бы сокращаться полезности права со временем в экспоненциальной динамике. С этим же предложением тесно связана следующая мера, которая достигает тех же целей, однако она лишена свойства автоматичности применения.

В-третьих, для предотвращения «засорения» права излишними императивами и необоснованными регулятивными ограничениями необходимо периодически проводить «прополку сорняков» на законодательных полях в виде единовременных или регулярных ревизий законодательства и прочих нормативно-правовых актов (*retrospective regulatory review*) с целью отмены необоснованных запретов, ограничений и прочих неэффективных правовых построений, подавляющих развитие экономической активности и сокращающих полезность права и/или общее предложение права.⁹¹ Смысл подобных ревизий состоит в том, чтобы по прошествии какого-то времени после введения правового регулирования попытаться отрешенно взглянуть на ранее сделанный правовой выбор и понять, насколько обоснованным с позиций прошедшего времени оказался соответствующий выбор. Если норма права не оправдала ожиданий, которые закладывались при ее проектировании (издержки от нее для участников оборота оказались существенно больше, чем реальные блага, либо она практически не

⁹⁰ Автор благодарен за данную идею Симеону Дянкову (Simeon Djankov), высказанную в ходе обсуждения проблематики конкуренции правопорядков.

⁹¹ В качестве примера такой регулятивной ревизии в недавней практике планирования правотворческого процесса в России можно указать на План мероприятий («дорожная карта») «Повышение качества регуляторной среды для бизнеса», утв. распоряжением Правительства Российской Федерации от 11.06.2013 г. № 953-р; текущий статус реализации указанной «дорожной карты» доступен по адресу: <http://xn--80adjkclhjd6blf.xn--p1ai/roadmaps/kachestvo-gosregulirovaniya1> [01.11.2015].

применялась, то есть она не порождает издержек, но и пользы от нее никакой), то ее можно запросто отменить. Более того, подобная ревизия будет создавать базу эмпирических данных для схожих правовых построений, когда в будущем будет решаться вопрос о введении схожего по существу правового регулирования для иных отношений: можно будет запросто понять, как будут вести в будущем такие нормы, если ранее аналогичные нормы подвергались ревизии. Для обеспечения эффективности подобного рода мероприятий государству следует проводить их регулярно, более того, иметь некоторый план и количественные показатели, задающие чиновникам ориентиры работы.⁹²

Разновидность подобной ревизии, правда, являющейся более радикальным средством для одноразового существенного сокращения регулятивной нагрузки, главным образом, в публично-правовом регулировании экономической деятельности, является использование т.н. регулятивной гильотины.⁹³ Смысл этой конструкции состоит в том, что на определенном этапе фундаментального реформирования институциональной среды политики отдельного государства соглашаются на однократную отмену значительной части регулятивных, надзорных, разрешительных и прочих административных функций государства, а с ними также и значительного массива регулятивных положений, поддерживающих такие функции, а равно и значительного количества императивных норм частного права, ограничивающих свободу предпринимательства. В отличие от иных форм ретроспективной ревизии, проводимой государством, для регулятивной гильотины характерно наличие двуединой цели – сокращение общего числа ограничений для ведения хозяйственной деятельности, то есть ослабление регулятивной нагрузки на экономически активных субъектов, а также отказ от государственных функций, которые государство в любом случае не в состоянии эффективно реализовать.⁹⁴ Если можно обойтись с меньшей

⁹² Пример подобного сугубо прагматического подхода показывают США, где федеральным органам исполнительной власти было предписано провести ревизию подзаконного нормотворчества сообразно сферам регулирования каждого ведомства, при этом выставлены временные рамки, в течение которых должна быть проведена ревизия на десятилетия назад – см.: Executive Order 13563 - Improving Regulation and Regulatory Review, Sec. 6 (76 FR 3821; January 21, 2011), available at: https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/inforeg/eo12866/eo13563_01182011.pdf [01.11.2015].

⁹³ Jacobs, Cordova & Associates, *What Is the Regulatory Guillotine*, available at: <http://regulatoryreform.com/regulatory-guillotine/> [01.11.2015].

⁹⁴ К примеру, если в частном праве вводится императивно предписанный механизм защиты интересов определенной группы участников оборота, обеспечиваемый ограничением интересов другой группы, однако такой механизм не может быть обеспечен на деле реальными гарантиями его соблюдения в будущем, зачем его вообще вводить. В качестве иллюстрации такой ситуации в частном праве можно назвать механизм оплаты уставного капитала хозяйственного общества и требования его последующего поддержания: несмотря на декларируемые цели защиты интересов кредиторов юридического лица, на

долей вмешательства государства в экономику, то зачем перегружать право нормами, которые никогда все равно не будут исполняться, потому что они изначально неисполнимы, либо зачем увеличивать издержки для участников оборота, если блага для общества в целом от такого регулирования существенно меньше, чем порождаемые ими издержки. Соответственно, при сокращении регулятивной нагрузки растет полезность от права, увеличивается сфера правового, а через некоторое время и само предложение права.

В-четвертых, увеличению общего предложения права способствует внутреннее согласование логики регулирования, закладываемой в нормы, предписывающие определенные модели поведения участников оборота, с логикой последующего законодательства и подзаконных актов, задающих мотивацию правоприменителей. Разрыв между логикой регулирования и мотивацией правоприменителей приводит к сокращению предложения права (меньшему количеству реально работающих норм и/или сравнительно большим издержкам по применению права с достижением тех целей, которые изначально закладывались при проектировании норм, поскольку «шум» на уровне правоприменения, порождаемый разнонаправленной мотивацией правоприменителей, делает правоприменение более затратным для тех, ради кого изначально вводилось правовое регулирование), причем даже если номинально объем предложения права как оно отражено в текстах нормативных актов (право в книгах) остается значительным, реально доступный объем права (право в жизни) оказывается существенно меньшим. Многочисленные примеры разрыва между логикой материально-правового регулирования и мотивацией правоприменителей описаны в литературе,⁹⁵ а потому здесь можно лишь указать на общее направление движения, обеспечивающее увеличение предложения права в случае синхронизации логики регулирования соответствующих отношений мотивации тех, кто призван это право применять и обеспечивать защитой, в том числе через механизм государственного (властного) принуждения.

деле никого этот институт не защищает, хотя и продолжает оставаться в позитивном праве. Пример такой же проблемы в публичном праве – это лицензирование отдельных видов профессиональной деятельности или сертификации, где цели защиты интересов неограниченного числа потенциальных потребителей соответствующих товаров и услуг оказываются недостижимыми, вместе с тем, государственный аппарат и дальше продолжает тратить ограниченные финансовые ресурсы на подобные разрешительные по сути процедуры.

⁹⁵ Казун А., Яковлев А. Указ. Соч., С. 13-33; Авдашева С.Б., Крючкова П.В. Почему издержки на контроль растут, а законы соблюдаются все хуже: экономический анализ применения административного права в России // ЭКО 2013 № 4. С. 119-133.

В-пятых, поскольку для российского правопорядка особенно остро в последнее время стоит проблема обесценения регулятивного материала, при котором количество законов и прочих нормативных правовых актов растет лавинообразными темпами, однако при этом не увеличивается общее предложение права, так как качество исполнения таких актов оставляет желать лучшего, можно подумать об использовании отдельных идей т.н. регулятивного бюджета.⁹⁶ Идея регулятивного бюджета в самом общем виде представляет собой разновидность механизма планирования правотворческой деятельности, при котором за каждым участником правотворческого процесса (законодателями, а также исполнительными органами, наделенными правом издания нормативных правовых актов) изначально закрепляется некоторая доля от общего регулятивного бюджета, отпущенного на некоторый временной период (например, календарный год). Так, если определенный федеральный орган исполнительной власти получает долю в 10 процентов от регулятивного бюджета, определенного на текущий год, скажем, как 10 000 единиц права (правовых конструкций или уже как общий объем императивных норм или ограничивающих, запрещающих норм, норм, вводящих ответственность и т.д.) или финансовых ресурсов на его создание и/или последующее правоприменение, то он вправе принять не более 1 000 таких норм (использовать 1 000 единиц финансовых ресурсов); если же регулятор желает выйти за рамки указанного ограничения, то он должен отменить какие-либо иные нормы, ранее им введенные с тем, чтобы вписаться в установленные ограничения. Конечно, подобные идеи во многом носят утопичный характер по причине практических сложностей, связанных с проведением в жизнь идеи регулятивного бюджета (как определять критерии исчисления объема права, в том числе отдельных норм права, как фиксировать общий регулятивный бюджет, кто будет контролировать его исполнение, как соотносить его с текущим политическим процессом, как не нарушить принцип разделения властей), однако как и в случае с анализом издержек и выгод, задающим, скорее, методологическую основу, чем дающим финальное решение, в данном случае можно использовать общую идею для планирования правотворческого процесса на будущее и выставлять некоторые ограничители для правотворцев с тем, чтобы умерить их пыл в деле умножения императивных и прочих правоограничительных построений. Государственная политика, направленная на стимулирование предложения права, должна наперед задавать стопоры, которые бы

⁹⁶ Jeffrey A. Rosen and Brian Callanan, *The Regulatory Budget Revisited*, 66 ADM. L. REV. 835 (2014); Nick Malyshev, *A Primer on Regulatory Budgets*, 10 OECD J. BUDG. 1 (2010).

тормозили нормотворческую активность по созданию норм ограничительного и запрещающего свойства в публично-правой сфере либо императивных норм в частном праве. Аналогично рассмотренным выше предложениям сокращение регулятивной нагрузки на участников оборота будет способствовать повышению полезности от использования права, росту сферы правового, а через это – и росту предложения права в более отдаленной перспективе.

VII. ЗАКЛЮЧЕНИЕ.

Предложенное выше описание экономической логики спроса на право и его предложения ориентировано на юридическую аудиторию. Экономистам, видимо, подобные вещи могут показаться слишком очевидными, однако без установления эффективной коммуникации между юридическим и экономическим экспертным сообществом нельзя проводить эффективную регулятивную политику. Только тогда, когда юристы, оставаясь юристами, будут, среди прочего, понимать и принимать в расчет экономическую логику, особенно в момент, когда совершается тот или иной политико-правовой выбор, будет обеспечено оптимальное предложение права как по количеству, так и по его цене для участников оборота.