

ОБЩАЯ ТЕОРИЯ И ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

УДК 340.1

М.В. Антонов, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории права и государства юридического факультета Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

ЦЕННОСТЬ ПРАВА В АСПЕКТЕ ЭКОНОМИЧЕСКОГО АНАЛИЗА (на примере правовой теории Е.Б. Пашуканиса)

Вопрос о ценностных основаниях права обычно рассматривается в идеалистическом плане – как вопрос о том, какими идеями, целями и представлениями человек подвигается на правомерное поведение либо удерживается от неправомерных поступков. Такая постановка вопроса корректна, но она не исчерпывает собой проблематику ценностей в праве. Этимологически исходным смыслом самого термина «ценность» является цена, стоимость, экономическое значение некоего объекта. И уже в лингвистически вторичном смысле «ценность» указывает на идеальное измерение этого объекта в плане достижения неких целей. В этой перспективе ценностные основания не обязательно означают высшие цели – такими основаниями для права могут быть вполне прагматичные соображения, в том числе экономической выгоды.

Вопрос о ценностях в праве может обсуждаться двояко: и как вопрос об экономической цене того или иного поступка, и как вопрос о высших, конечных целях этого поступка. Между этими двумя аспектами нет непроходимой границы, поскольку с практической точки зрения поведение человека определяется, как правило, обеими аспектами. В настоящей работе кратко рассматриваются методологические вопросы изучения ценностных оснований права в русле экономического анализа права.

В силу своего материального бытия в мире человек поставлен в определенные фактические условия, при которых ему приходится соотносить затраты времени, энергии и прочих ресурсов на некое действие с тем результатом, который принесет это действие. В то же время в силу своего социального бытия человеку приходится согласовывать свои действия с существующими общественными порядками, в том числе и правовым порядком. Следовательно, в рамках социального действия человек потенциально (в большинстве случаев это ожидается

от участника социального взаимодействия, хотя далеко не каждый отвечает такого рода ожиданиям) сопоставляет предполагаемый результат некоего действия с ожидаемыми социальными последствиями этого действия. На эту проблематику обращали внимание многие мыслители, включая известный анализ И. Бентамом контроля преступного поведения с точки зрения экономических издержек: чем суровее и неотвратимее наказание, тем меньше вероятности того, что удовольствие от совершения преступления (включая полученную выгоду) перевесит в глазах преступника выгоду от законопослушного поведения. Этот стиль рассуждений был продолжен в XX в. Г. Беккером и другими представителями экономического анализа права.

Более сложная конфигурация получается, если нормы разных социальных регуляторов сталкиваются между собой и предписывают противоположные поведенческие акты. Такого рода нормативные конфликты являются основной проблематикой этики и обсуждаются еще с Античности. Основной проблемой Антигоны (в трагедии Софокла) является выбор между нормами закона и обычая – в этом ракурсе проблематика ценностей права сводится к рассуждению о сравнительной ценности этих двух социальных регуляторов, тогда как вопрос о практической (материальной) ценности совершаемого Антигоной поступка остается на заднем плане.

Присмотревшись повнимательнее, можно увидеть, что на самом деле практическая ценность может выступать в качестве решающего аргумента при выборе между коллидирующими законодательными и обычно-правовыми нормами и в конечном счете при оценочном суждении об относительной значимости закона и обычая. Этот выбор означает одну из сложнейших философско-правовых проблем – допустим ли отход от нормы закона в исключительных случаях и если да, то по каким критериям можно установить исключительность некоего случая? Данная проблема веками обсуждалась в естественно-правовой философской традиции; особенно яркими оказались споры, разгоревшиеся после Второй мировой войны – работы Г. Радбруха, спор Г. Харта и Л. Фуллера и т. д.

Применительно к этой сложной проблеме решающим оказывается расхождение двух вышеназванных аспектов «ценности». Если мыслитель предпочитает некие высшие цели права, ради которых можно пожертвовать соблюдением закона в отдельных случаях, то такой мыслитель выберет ту или иную версию естественно-правового подхода. Если «ценность» понимается как практическая значимость некоего поступка, то отступление от законодательной нормы в одном случае может ожидаемо подорвать мотивацию к законопослушному поведению других людей в других ситуациях и в то же самое время лишить

этих людей (и судей, которые будут разбирать последующие споры) твердого нормативного основания для поведенческого выбора. Безопасность и предсказуемость, если они будут предпочтены высшим идеальным целям права, скорее всего, приведут к выбору позитивистской методологии.

Изучение разных версий этой основной методологической проблемы философии права составляет сердцевину истории политико-правовых учений. Применительно к целям настоящей работы данную проблему можно оставить в стороне и ограничиться изучением простых случаев, где нет коллизии норм.

Во многих случаях предписываемый нормами поведенческий акт совпадает с тем поведением, которому нужно следовать для достижения материальной выгоды. Тогда рассмотрение вопроса о ценностных основаниях поступков (в обоих обозначенных выше смыслах термина «ценность») может быть преобразован в вопрос о ценностных основаниях самих норм. Иными словами, вопрос о том, какими материальными или идеальными целями руководствовались создатели норм.

Относительно «создания» норм нужно иметь в виду, что нередко оно происходит не через индивидуальное волеизъявление наделенного компетенцией лица, а через коллективное действие социальных групп. Повторяемые поведенческие акты в том или ином сообществе могут с течением времени начать восприниматься как правильные и должные, что ведет к возникновению обычая. В то же время отдельные юрисдикционные акты воспринимаются в том или ином юридическом сообществе как руководство к решению схожих дел в будущем, что дает начало прецедентному праву. Обычай, прецедент и другие нормативные источники («нормативные факты» в терминологии Л.И. Петражицкого) могут фиксироваться письменно и в дальнейшем закрепляться в виде нормативных правовых актов. Этот процесс фиксации норм в письменных актах не является необходимым для правогенеза, на что обращали внимание О. Эрлих и другие представители социологической юриспруденции.

Но нормы не всегда являются экономически обоснованными, а нормативно допустимое поведение далеко не всегда приводит к достижению материального результата. Это верно и в отношении права, и в отношении других социальных регуляторов. Картельный сговор принесет больше выгоды, чем соблюдение антимонопольного законодательства, невозврат крупного кредита экономически более выгоден субъекту, чем его возврат, избежание ответственности через вывод активов подконтрольной фирмы-должника позволит избежать убытков от судебного взыскания с этой фирмы и т. д. Перевесит ли такая прибыль от неправомερных действий тот ущерб, что повлечет потеря та-

ким предпринимателем кредита доверия, составляет вопрос дальнейших экономических расчетов. Ответ на этот вопрос зависит от конкретики каждой ситуации.

Разумеется, выгодное для отдельного субъекта поведение может быть невыгодно для других субъектов и для сообщества в целом. Поэтому применение нормы вовсе необязательно должно иметь в виду некую материальную (экономическую) выгоду. Судья может учитывать экономический смысл поведения субъекта (чего правонарушитель хотел достичь противоправным актом), может принимать во внимание экономический контекст закрепления той или иной нормы в законодательстве (чего хотели добиться лоббисты за счет принятия этой нормы). Эти рассуждения сами по себе не будут обладать нормативным значением, т. е. заменять собой те абстрактные модели поведения, что закреплены в нормах. В противном случае само по себе нормативное обязывание через общеобязательные правила поведения лишится смысла. Зачем соблюдать нормы, если решение будущего казуса будет зависеть не от текста нормы, а от того, какой экономический сценарий распределения благ между сторонами спора предпочтет судья? По поводу часто встречающегося у сторонников «Права и экономики» тезиса о том, что все правовые нормы так или иначе поощряют экономическую рациональность субъектов, можно привести множество контр-примеров. Априорное предположение, что экономическая выгода от эффективного перераспределения ресурсов является одной из целей права, приводит к сопоставлению этой выгоды с другими общепризнанными целями права и к очевидным конфликтам между ними. В данном аспекте экономический анализ права сталкивается с рядом сложных философско-правовых вопросов, которые в данной работе мы оставим в стороне.

Сопоставление нормы и ожидаемого результата может привести субъекта к выбору экономически выгодного, но осуждаемого с точки зрения социальных норм поступка либо, наоборот, к следованию нормам вопреки упущенной экономической выгоде. Если встать на позицию судьи, который оценивает поступок с точки зрения нормативно-правового регулирования, то ему следует либо применить норму (в этом плане неважно, приведет ли ее применение к экономической оптимизации или нет), либо применить то или иное допустимое порядком исключение, которое позволяет освободить от ответственности за нарушение нормы, например такие основания для исключения преступности деяния в уголовном праве, как крайняя необходимость, обоснованный риск. В судебной перспективе также возможно введение исключений через апелляцию к принципам – некое действие нарушает правовую норму, но с учетом некоего правового принципа (разум-

ность, справедливость и т. п.) такое действие может квалифицироваться судьей как правомерное, поскольку оно позволило лучше реализовать соответствующий принцип, чем правомерное поведение в этой ситуации.

Может ли сама по себе экономическая рациональность (минимизация переменных издержек, максимизация благосостояния, эффективность распределения ресурсов или что-то иное) рассматриваться в качестве универсального принципа права? Положительный ответ на этот вопрос можно получить в перспективе некоторых построений теоретиков экономического анализа права. В теории Р. Познера и максимизация благосостояния сама по себе является этическим принципом, интегрированным в право. Если принять это утилитаристское допущение, то оно становится основополагающим правовым принципом, который в случае конфликта может преодолеть другие принципы, вроде справедливости.

Очевидно, что существовали и существуют множество правопорядков, в которых такого рода утилитарный принцип нельзя обнаружить в законодательстве, судебной практике и иных формах правотворчества и правоприменения. Более того, такой принцип очевидно противоречит основам большинства правопорядков, процессуальные кодексы которых требуют вынесения решений согласно закону, а не согласно неким экономическим расчетам. В этой связи И. Бентам отрицал естественное право, на которое в его время опиралось большинство судей и которое содержит императивные предписания, противоположные его *felicific calculus*, а Р. Познер приходит к отрицанию ценности законодательства, не дающего судье необходимой гибкости при принятии решений и ограничивающего его усмотрение. В этой связи экономический анализ права в смысле утверждения утилитаризма как высшего принципа права остается, скорее, частью определенной идеологической программы («идеологии права» в смысле Л.И. Петражицкого), но на какие-либо общезначимые выводы в области правовой теории претендовать не может.

На самом деле это проблема сторонников не только экономического анализа права, но и всех учений, которые утверждают некий принцип (или набор принципов) как универсальный и высший по отношению к нормам позитивного права. При каких условиях и с какими оговорками можно выдвигать утверждения о таких принципах? Это также спорный философско-правовой вопрос. В зависимости от ответа на него выделяются позитивистские и непозитивистские учения. В ракурсе последних анализ права исходит из заранее заданных, постулируемых положений о сущности и назначении права, тогда как с точки зрения юридического позитивизма универсальность подобного рода положений отрицается.

Здесь не место обсуждать достоинства и недостатки этих двух противоположных взглядов на право. Вместе с тем предпочтение тех или иных ценностей применительно к правовому регулированию приводит к выбору того или иного подхода к праву. Как показано выше, те, кто предпочитает стабильность и предсказуемость в праве, скорее, будут разделять позитивистские идеи, тогда как те, кто ценит в праве разумность и справедливость, будут склоняться к непозитивистским воззрениям. То же самое можно сказать и об эпохах, когда в зависимости от ситуации население в целом и юридическое сообщество в частности предпочтут то или другое. Очевидно, что существует некая взаимосвязь между условиями социального бытия людей, их взглядами и теми ценностями, которым они отдают предпочтение. Выяснение этой взаимосвязи является одним из основных вопросов социальной философии. Этот вопрос можно исследовать в плане либо оснований индивидуального оценочного выбора (вопрос этики), либо с точки зрения тех социальных конвенций, которые определяют приоритеты оценочного выбора в конкретных условиях существования данного общества применительно к некоему конкретному отрезку времени.

Такого рода социальные конвенции будут характеризовать не только превалирующие оценочные суждения, но и официальную позицию властей по поводу объектов этих суждений. В последнем случае вопрос можно обсуждать с точки зрения «идеологии» в смысле определенной формы рационализации окружающей действительности с точки зрения интересов властвующих элит (К. Мангейм).

В этой перспективе субъект предстает не как рациональный актер, ищущий варианты снижения издержек и увеличения выгоды, а как абстрактный участник экономического обмена, подчиненный законам такого обмена. Эта перспектива предлагает иную методологическую основу для рассуждения о ценностных основаниях права – такого рода «основания» могут рассматриваться как выражение интересов, а сами эти интересы – как прямое или косвенное отражение существующей в обществе экономической структуры. В данном контексте К. Маркс говорил об идеологии как о «ложном сознании», а С. Жижек рассуждал об идеологии как о способе создать иллюзию разумного порядка в обществе и тем самым структурировать общественные отношения.

В этом плане определенная экономическая структура вызывает к жизни правовые формы для регламентации обмена и объективно (как невидимая рука рынка у А. Смита) указывает лицу на его права и обязанности в обменном отношении. Правовые тексты вторичны, и их ценность в том, чтобы отражать экономическую суть и правовые формы обмена. При этом не так важна сама экономическая теория – марксистская или какая-то иная, значение имеет объективная роль эконо-

мических отношений в формировании правовых форм. Как эта роль трансформируется в нормативность правовых предписаний? Это уже другой, более сложный вопрос, на который ответ получить очень сложно или даже – с точки зрения закона Д. Юма о невыводимости суждений о должном из суждений о сущем – невозможно.

Интересные рассуждения в этом направлении предложил советский правовед Е.Б. Пашуканис, который исходил из того, что центр тяжести правового регулирования лежит в области частно-правовых отношений. Нужно отметить, что границы частного права для него был гораздо шире привычных представлений о делении частного и публичного права – туда попадает уголовное право, тогда как в области публичного права оказывается преимущественно государственное устройство и административная регламентация путем приказов. Пытаясь ответить на дилемму, сформулированную в законе Юма, Е.Б. Пашуканис предположил, что регулирование общественных отношений при известных условиях принимает правовой характер, тогда как основной предпосылкой правового регулирования является противоположность частных интересов. Иными словами, правовое регулирование начинается там, где есть обособленность и противоположность интересов. Сущность этого регулирования необходимо искать в «отношении товаро-владельцев».

Эти формулировки Е.Б. Пашуканиса хорошо известны, но что за ними скрывается? По его мнению, сущность права (он эту сущность обозначает как правовую форму) раскрывается через конфликт интересов и судебную процедуру, которая опосредует разрешение этого конфликта. Здесь мы замечаем фигуру судьи, который имплицитно имеет большое значение для определения права, хотя Е.Б. Пашуканис напрямую этого признать не решается. Значимость судебного процесса для определения правовой формы очевидна: Е.Б. Пашуканис утверждает, что идея безусловного повиновения внешнему нормоустанавливающему авторитету не имеет ничего общего с правовой формой.

Но если это так и если слова закона мало что значат для правового регулирования, то по каким нормам судье разрешать дела? Е.Б. Пашуканис утверждает, что право имеет реальную историю, которая развертывается как особая система отношений, в которую люди вступают потому, что к этому их вынуждают условия производства. Эти условия связаны с появлением в обществе лиц с противоположными экономическими интересами, объединенных единой потребностью найти механизм («правовую форму») для согласования интереса и осуществления товарного обмена. Поэтому право существует не иначе как в противоположностях этих интересов, а логика юридических понятий соответ-

ствует логике социальных отношений, и именно в них, в этих отношениях, а не в разрешении начальства следует искать корень системы права.

В этом плане субъективные права не являются отражением обязанностей, а напротив, обязанности выступают как корреляты прав. При таком раскладе, с точки зрения теории Е.Б. Пашуканиса, судье следует быть не «устаами, произносящими слова закона», а медиатором, согласующим противоположные интересы сторон с точки зрения общественной целесообразности или других заслуживающих внимания соображений и тем самым устанавливающим их субъективные права на основе экономической логики. Если «право как форма неуловимо вне своих ближайших определений», то оно не может быть определено заранее и подлежит определению со стороны судьи.

Е.Б. Пашуканис выдвигает интересную мысль о том, что если у субъекта отнять свободу выбора, то он перестанет быть субъектом права – не потому, что будет нарушен тот или иной либеральный принцип права, а потому, что исчезнет сам смысл экономического обмена. А вместе с субъектом исчезнет и право – такую занимательную трактовку тезиса К. Маркса о выветривании права Е.Б. Пашуканис дает не с точки зрения классовой борьбы, а применительно к юридической логике товарного обмена. Из этого тезиса можно без труда вывести то, что диспозитивному элементу в праве должно быть отведено значимое место, поскольку основное в правовой субъективности – возможность выбора. Советский теоретик права утверждает, что именно субъект как носитель и адресат всех возможных требований, цепь субъектов, связанных требованиями, обращенными друг к другу, является «основной юридической тканью», соответствующей «экономической ткани». Есть определенные прагматические границы, за которыми перекося в сторону императивного элемента грозит исчезновением самой правовой формы, которая более не сможет обеспечить определение социальной ценности (труда), вложенной в единицу товара через установление порядка обмена.

Вернемся к основному для юридического мышления вопросу о нормативности. Для Е.Б. Пашуканиса норма является объективным фактом, определяющим поведение людей в виде «общественного отношения» в ходе товарного обмена. По выражению А. Негри, норма у Е.Б. Пашуканиса является направляющей колеей, по которой проходит и в которой выражается форма стоимости, представляющая собой общественные отношения в их объективной и исторической определенности. В этом отношении Г. Кельзен справедливо упрекал Е.Б. Пашуканиса в смешении фактического и нормативного – это деление, дейст-

вительно, было незначимо для советского мыслителя. В свою очередь Е.Б. Пашуканис упрекал Г. Кельзена в искусственном разделении экономики и нормативности, намекая на их необходимую связь в концепции самого Кельзена по причине смешения социологических и нормативных элементов.

Выводит ли Е.Б. Пашуканис обязывающую силу права из экономических законов и объективных структур товарного обмена, как может показаться на первый взгляд? Представляется, что такой вывод сделать напрямую нельзя. Особенность правовой нормативности Е.Б. Пашуканис видел в том, что право предполагает лицо, наделяемое правом и при этом активно притязующее. Критерием установления правомерности притязаний не являются ни законы, ни факты. По словам мыслителя, норма как таковая прямо выводится из существующих уже отношений или, если она издана как государственный закон, представляет собой только симптом, по которому можно судить с некоторой долей вероятности о возникновении в ближайшем будущем соответствующих отношений. Но для того, чтобы утверждать объективное существование права, нам недостаточно знать его нормативное содержание, но нужно знать, осуществляется ли это нормативное содержание в жизни, т. е. в социальных отношениях. Иными словами, установление правомерности того или иного поступка осуществляется в силу некоей юридической логики, а субъектом решения о правомерности является судья, который ничем, кроме этой логики, нормативно не связан. В этом отношении можно предположить, что, несмотря на мнимую объективность процессов создания и установления права в теории Е.Б. Пашуканиса, эта теория, по сути, обосновывает субъективизм правоприменителя и стоит недалеко от построений М. Рейснера и других советских теоретиков теории революционного правосознания.

Как представляется, теория Е.Б. Пашуканиса, несмотря на ее методологические недостатки и идеологическую неактуальность, может служить важным подспорьем для современных отечественных правоведов, которые пытаются найти истину о праве в сочинениях заокеанских теоретиков экономического анализа права. На страницах работ Е.Б. Пашуканиса, особенно в его известной «Общей теории права и марксизме», ставятся основные философские вопросы о конечных основаниях юридической силы (действительности) права. Эти вопросы обсуждаются применительно к экономическому анализу регулируемых правом общественных отношений, а само право выводится из структуры экономического обмена и обосновывается через необходимость поддержания этой структуры. При всех своих недоработках теория Е.Б. Пашуканиса выгодно отличается от разработок современных идеологов экономического анализа права методологической проработ-

кой исходных положений о материальных источниках права, соотношении между правом и идеологией и о факторах, обуславливающих действительность права. Анализ воззрений Е.Б. Пашуканиса также дает ответ – хотя и небесспорный – на основной вопрос данной работы: при каких условиях ценностные основания права можно искать в сфере материальных благ (экономического обмена)?

УДК 340.1

*Н.В. Варламова, кандидат юридических наук,
доцент, ведущий научный сотрудник сектора
сравнительного права и прав человека Института
государства и права Российской академии наук*

ДЕЭССЕНЦИАЛИЗАЦИЯ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В СОВРЕМЕННОМ ЮРИДИЧЕСКОМ ДИСКУРСЕ

Современное социогуманитарное знание (в том числе и юридическое) переживает серьезные эпистемологические трансформации, которые принято характеризовать как переход к неклассической рациональности. Данный термин во многом условный и призван продемонстрировать принципиальное различие старого и нового (сформировавшегося в социокультурной ситуации постмодерна) методологических подходов в современной науке, каждому из которых присущи свое видение изучаемого предмета, способов научного познания, обоснования и изложения его результатов.

Существующие интерпретации процесса эволюции научного знания не отличаются универсальностью. Вместе с тем относительно общепризнанными эпистемологическими установками в рамках неклассической рациональности являются отказ от убеждения в существовании объективной реальности, внешней по отношению к познающему ее субъекту, и следующие из этого принципы релятивизма, антиуниверсализма, антиэссенциализма, исторического и социокультурного контекстуализма научного знания.

Неклассический юридический дискурс призывает освободиться от фундирования, под чем понимается «любое рассуждение о праве, которое так или иначе задействует некую ссылку (явную или подразумеваемую) на „основание“, „фундамент“, „обоснование“, „априори“, „принцип“, „юридическое правило“ и т. п.; ссылку, цель которой – наполнить право смыслом, обосновать его» [1, с. 528]. Утверждается, что «право не имеет никакого основания, что бесполезно такое основание