

РАЗМЫШЛЕНИЯ ПО ВОПРОСАМ СРАВНИТЕЛЬНОГО КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА

© 2014 г. Георгий Викторович Цепов¹

Исследуя явления, нельзя судить о них через них самих, поскольку тогда они останутся непознаваемы. Поэтому, изучая гражданское право, необходимо обращаться к его фундаменту – экономике.

Такой подход был аксиоматичен для советских цивилистов. Его основу составляли марксистские воззрения об экономическом базисе и правовой надстройке. “Имея правовые отношения в качестве одного из специальных предметов своего исследования, юридическая наука, – писал О.С. Иоффе, – должна поставить и разрешить более конкретный вопрос – вопрос о непосредственной функции правовых отношений, об их связи с другими общественными отношениями, и прежде всего с отношениями общественного производства, вопрос о том, каким образом, определяясь в своем содержании состоянием производительных сил и производственных отношений, правовые отношения могут оказывать и действительно оказывают на них обратное воздействие и каков характер этого воздействия”². Производственные отношения считались объективными, не зависящими от сознания и воли индивидов. Имущественные же отношения, являющиеся предметом гражданско-правового регулирования, определялись как конкретно-волевые экономические отношения. В центре исследований находились проблемы правового регулирования присвоения и перераспределения материальных благ³.

Однако экономическая парадигма изменилась: на смену понимания экономики как науки

о перераспределении материальных благ пришла концепция выбора, прежде всего рационального. Рациональное поведение субъекта рассматривается как стремление к цели, лично выбранной этим субъектом, с учетом всех имеющихся ограничений и возможностей. “Как правило, рациональность поведения предполагает то, что это поведение является оптимизирующим. Субъект, сопоставляя все возможные варианты выбора, находит оптимальный вариант, позволяющий наилучшим образом достичь поставленной цели. Все основные экономические зависимости (функции) в современной микро- и макроэкономике “магистрального” направления [mainstream economics] выведены на основе оптимизирующего поведения (максимизации или минимизации) отдельных хозяйствующих субъектов”⁴.

Концепция рационального выбора считается одной важнейших при экономическом анализе права. По мнению Т.С. Улена, “главным достижением экономического анализа права был признан вывод, что огромное количество правовых решений обладает подобным качеством рыночного выбора и что, следовательно, теория рационального выбора является подходящей моделью принятия многих правовых решений”⁵.

Уязвимое место теории рационального выбора заключается в том, что фигура рационального индивида “*Homo Economicus*” абстрактна. Рациональность субъекта обычно определяется следующими параметрами: 1) полнотой рациональности “в пространстве” (рассмотрение всех выгод и издержек по каждому из возможных в настоящий момент вариантов выбора); 2) полнотой рациональности во времени или нормальной оценкой будущего времени (каждый субъект ценит настоящее время больше, чем будущее, что

¹ Управляющий партнер Санкт-Петербургского адвокатского бюро “Цепов, Матвеева и партнеры”, кандидат юридических наук.

² Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву // Иоффе О.С. Гражданское право. Избр. тр. М., 2000. С. 510.

³ См., например: Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР (Часть I) // Там же; Развитие советского гражданского права на современном этапе. М., 1986; Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. М., 1963; Алексеев С.С. Предмет советского социалистического гражданского права. Свердловск, 1959; Толстой Ю.К. Содержание и гражданско-правовая защита права собственности в СССР. Л., 1955.

⁴ Розмаинский И.В., Холодильни К.А. История экономического анализа на Западе. СПб., 2012. С. 9.

⁵ Улен Т.С. Теория рационального выбора в экономическом анализе права // Вестник гражданского права. 2011. № 3. С. 275. Об экономическом анализе права и доктрине рисков см. также: Бушев А.Ю. К вопросу о правовой доктрине рисков // Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. Сб. науч. ст. Вып. 5. М., 2005. С. 111.

выражается в положительной норме временных предпочтений); 3) полнотой поведенческой самостоятельности (предпочтения субъекта не зависят от ограничений, ожидания формируются автономно и рационально, и при этом он проявляет личную ответственность при выполнении своих обязательств)⁶.

На практике, однако, индивиды не в полной мере соответствуют указанным критериям, не всегда стремятся или могут максимизировать полезность и часто поступают нерационально. Кроме того, индивиды не одинаковы, а их положение и действия тесно связаны с внешней средой и во многом ею обусловлены. Для учета реальностей социально-экономической жизни и была выработана теория трансакционных издержек.

Уточняя и дополняя теорию рационального поведения, теория трансакционных издержек основывается на допущениях об ограниченной рациональности участников контрактного взаимодействия и их оппортунизме, понимаемом как преследование ими личных интересов с использованием коварства, а также учитывает степень специфичности активов, вовлеченных в контрактное взаимодействие⁷. Под трансакционными издержками понимаются затраты на управление экономической системой, которые нужно отличать от производственных издержек,⁸ а под трансакционно-специфическим активом – “актив, доход от использования которого в рамках одной конкретной транзакции устойчиво превышает доход от его использования в рамках другой транзакции”⁹.

Появление фирмы в рамках теории трансакционных издержек объясняется тем, что метод внутрифирменной экономической координации возник как способ уменьшения трансакционных издержек, образующихся в рамках рыночной координации¹⁰. В мире, где трансакционные из-

держки отсутствуют, не было бы необходимости организовать экономическую деятельность путем образования фирм, поскольку вся экономическая деятельность могла бы осуществляться посредством рыночных транзакций. Корпорация, таким образом, рассматривается как “продукт серии организационных инноваций, целью и результатом которых была минимизация трансакционных издержек”¹¹.

При этом отнюдь не утверждается, будто современную корпорацию можно объяснить только на основе данной концепции. “Очевидна роль других мотивов, таких как поиски выгод от монопольного положения на рынке или императивы развития..; поскольку вопросы организационной формы и структуры являются ключевыми в познании современной корпорации, то любая теория последней, обходящая их, оказывается в лучшем случае весьма неполной”¹².

Несомненно, вызывают интерес суждения Е.А. Суханова по ключевым проблемам корпоративного права, в том числе его принципиальная позиция о корпоративном праве как подотрасли гражданского права, о понимании юридического лица как “персонифицированного имущества”, а также о многочисленных “козлотурах” в нашем законодательстве, появившихся в результате некритичного заимствования чужеродных нашей правовой системе элементов англосаксонского права.

Указанные идеи нашли развитие и в книге Е.А. Суханова “Сравнительное корпоративное право”¹³. Автор изучает проблемы корпоративного права применительно к той среде, в которой рождены юридические конструкции. Он не пытается детально описывать второстепенные детали, а выявляет основные направления развития отечественного и зарубежного корпоративного права, сравнивает и анализирует наиболее значимые правовые явления и высказывает свою принципиальную позицию.

Е.А. Суханов рассматривает такие вопросы, как понятие корпорации и предмет корпоративного права, виды корпораций, анализирует проблемы ответственности перед кредиторами, правовые формы управления корпорацией, проблемы концернов и холдингов.

Показательны примеры некачественного законодотворчества в сфере корпоративного права.

⁶ См.: Розмаинский И.В. Homo Post-Soveticus: Основные характеристики экономического поведения с точки зрения институционально-посткейнсианского подхода // Экономический вестник Ростовского ун-та. Т. 5. 2007. № 1. С. 28–40.

⁷ См.: Уильямсон О.И. Экономические институты капитализма. СПб., 1996. С. 71.

⁸ Транзакционные издержки – это издержки на сбор и обработку информации, на проведение переговоров и принятие решений, на осуществление контроля и принуждение к выполнению условий контракта (см.: *Dahlman C.J. The Problem of Externality // The Journal of Law and Economics. Vol. 22. 1979. № 1. P. 148*).

⁹ *Шаститко А. Предметно-методологические особенности новой институциональной экономической теории // Вопросы экономики. 2003. № 1.*

¹⁰ *Coase R.H. The Nature of the Firm/Economica. New Series. Vol. 4. Issue 16 (Nov., 1937). P. 386.*

¹¹ Уильямсон О.И. Указ. соч. С. 436.

¹² Там же. С. 436.

¹³ См.: Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М., 2014.

Е.А. Суханов пишет: «Характерные для современного корпоративного права попытки искусственного создания и использования никому и нигде неведомых особых видов коммерческих и некоммерческих корпораций (таких как хозяйственные партнерства, крестьянские (фермерские) хозяйства, казачьи общества и общины малочисленных народов, “акционерные общества работников” (“народные предприятия”)) и объявление их самостоятельными видами юридических лиц не вызываются никакой экономической или иной разумной необходимостью»¹⁴.

Не менее жесткая характеристика дана так называемым “государственным корпорациям”, правовое положение которых “не укладывается не только в привычные рамки юридического лица, но и – в некоторых отношениях – в рамки обычного здравого смысла. Несмотря на официальное название, такие организации в действительности являются унитарными, а не корпоративными, ибо не основаны на членстве участников... Будучи частными собственниками своего имущества, юридически они не являются и государственными организациями»¹⁵.

На примере западноевропейского опыта Е.А. Суханов последовательно отстаивает идею юридического лица как персонифицированного имущества и подчеркивает, что “конструкция юридического лица рождена потребностями имущественного (гражданского) оборота и представляет собой не межотраслевую..., а *гражданско-правовую категорию*”¹⁶.

Исследуя доктрины корпорации – юридического лица Германии, Австрии, Швейцарии, Франции и других стран континентального права, Е.А. Суханов сравнивает их с теориями юридического лица, сложившимися в США, прежде всего с контрактной теорией фирмы.

По его мнению, «попытка объяснить правовые явления, в том числе существование юридического лица и корпорации, основываясь исключительно на экономико-теоретических постулатах – теории “сокращения издержек” (transaction costs), теоретически предполагаемых моделях поведения, требующих использования “эффективных рыночных механизмов”, и т.д., оказалась неудачной»¹⁷.

Е.А. Суханов полагает, что, поскольку «в основе права (jus) лежит нравственная категория справедливости, не имеющая экономического содер-

жания и поэтому необъяснимая с экономических позиций...», поскольку пока еще никому не удалось полностью совместить два различных подхода – “экономизацию” права на базе теории “сокращения издержек” и необходимость господства в нем начал справедливости и нравственности, следует исходить из того, что правовое, в том числе частноправовое, регулирование должно основываться прежде всего на внеэкономических понятиях справедливости и нравственности и только потом учитывать экономические аспекты, ибо даже в имущественном споре его стороны ждут от судьи справедливого разрешения конфликта, а не сокращения издержек»¹⁸.

Несмотря на кажущуюся привлекательность приведенных высказываний, находящихся в одном ряду с идеями лучших представителей гуманистической мысли, с данным подходом согласиться трудно.

Отказ от исторического и диалектического материализма в качестве общего метода исследований, а также от постулатов марксистско-ленинской теории привел к тому, что современная российская наука гражданского права устремилась к двум полюсам: догматическому толкованию нормативных актов, с одной стороны, и агностицизму – с другой.

Дело в том, что применение формально-логического метода само по себе не ведет к достоверности: отсутствие у теории логических противоречий и ее эстетическая красота не гарантируют ее соответствие реальности. Не может восполнить пробел и исторический метод, поскольку он также не раскрывает сущности правовых явлений и является дополнительным. В отсутствие фундаментальных методологических критериев указанные крайние позиции сходятся и оказывают негативное воздействие не только на науку гражданского права, но также на законодательную и правоприменительную деятельность.

Для раскрытия корпорации – “черного ящика” она понимается как “сеть контрактов”¹⁹. Корпорация (фирма) рассматривается как “команда, члены

¹⁴ Там же. С. 22, 23.

¹⁵ См., например: *Easterbrook F.H., Fischel D.R.* The Economic Structure of Corporate Law. Cambridge, 1996; *Fama E.F.* Agency Problems and the Theory of the Firm // *The Journal of Political Economy*. Vol. 88. 1980. № 2. P. 288; *Fama E.F., Jensen M.C.* Separation of Ownership and Control // *Journal of Law and Economics*. Vol. 26. 1983. № 2. P. 301; *Butler H.N.* The contractual theory of the corporation // *George Mason Law Review*. Vol. 11. 1989. № 4. P. 99; *Klausner M.* The Contractarian Theory of Corporate Law: A Generation Later // *Journal of Corporation Law*. 2006. № 31. Issue 3. P. 779.

¹⁴ Там же. С. 283.

¹⁵ Там же. С. 269, 270.

¹⁶ Там же. С. 11.

¹⁷ Там же. С. 21.

которой действуют в собственных интересах, но понимают, что их судьбы в определенной степени зависят от выживания команды в соревновании с другими командами”²⁰. Отмечается, что фирма, являясь юридической фикцией, фокусирует и уравнивает конфликтующие цели индивидов при помощи контрактного механизма, и “в этом смысле “поведение” фирмы можно сравнить с поведением рынка – результатом сложного балансирующего процесса”²¹.

Использование указанной методологии позволяет определить не только то, ради чего стороны “заключают” соответствующие “контракты”, но и распределение экономических выгод, затрат и рисков между сторонами “контрактов”, свести их к количественным показателям. На основе анализа “сети контрактов” делаются выводы о ценности и издержках используемых правовых моделей как для участников конкретной “сети контрактов” (частные выгоды и издержки), так и для общества в целом (социальные выгоды и издержки) и его отдельных групп (групповые выгоды и издержки). Особо важное значение приобретает анализ экстерналий – перенесения выгод и издержек, возникающих в рамках “контрактов”, на третьих лиц²². Практическая цель указанного исследования состоит в выявлении эффективных правовых моделей и принятии их в качестве “стандартных контрактов”.

Разумеется, изложенное не означает, что нужно буквально воспринимать корпорацию как “сеть контрактов”. Действительно, трудно представить, что все участники “сети контрактов” одновременно согласуют между собой все их условия. Однако не менее сложно визуализировать абсолютные отношения между собственником и всеми иными лицами, что отнюдь не является препятствием для использования конструкции абсолютных прав. Следует также помнить, что корпорация

признается юридическим лицом, поэтому точнее говорить о ней не как о “сети контрактов” (тогда сама корпорация превращается в ноль), а как о точке привязки прав и обязанностей в данной “сети”, т.е. идеальной конструкции, созданной правопорядком²³. В этом смысле “сетью контрактов” является не корпорация, а правоотношения, в которые она вступает.

Таким образом, ценность контрактной теории корпорации видится не столько в ее онтологических выводах (корпорация – “сеть контрактов”), сколько в методологии. При этом данная теория органично укладывается в отечественные правовые традиции (включая учение о предмете, методе и принципах гражданского права, гражданском правоотношении и т.д.).

Гражданское право основано на взаимной оценке сторонами тех материальных и нематериальных благ, по поводу которых они вступают в волевые отношения. “Наиболее существенное влияние на характер правового регулирования имущественных отношений, входящих в предмет советского гражданского права, оказывает их стоимостной признак”²⁴. “Принцип эквивалентности – возмездности отражает саму суть регулируемых гражданским правом отношений, источником возникновения и развития которых является товарное производство”²⁵.

В условиях рационального выбора (хотя и ограниченного) справедливость имманентна договору, заключенному добросовестно. Имущественные отношения сводимы к количественным показателям, прежде всего к деньгам, выступающим в качестве “всеобщего эквивалента”, цены. Именно поэтому компенсация убытков служит универсальной формой восстановления нарушенного гражданского права.

Выводя гражданско-правовые отношения за рамки экономического анализа и руководствуясь трудно формализуемыми категориями нравственности, мы рискуем оказаться в той ситуации, когда справедливость будет “измеряться размером стопы лорда-канцлера”. Особенно неприемлемо это для коммерческих и корпоративных отношений, поскольку компании создаются для извлечения прибыли и являются субъектами предпринимательской деятельности, а правовая

²⁰ *Fama E.F.* Op. cit. P. 289. Можно назвать этот подход “рыночной теорией коллектива” в противовес советской “административной теории коллектива”. Так, “социалистический хозяйственный госорган, – писал А.В. Венедиктов, – может и должен быть определен как организованный государством коллектив рабочих и служащих во главе с ответственным руководителем, на который государство возложило выполнение определенных государственных задач и которому оно предоставило для осуществления этих задач соответствующую часть единого фонда государственной собственности” (*Венедиктов А.В.* Государственная социалистическая собственность. М. – Л., 1948. С. 591).

²¹ *Jensen M.C., Meckling W.H.* Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure // *Journal of Financial Economics*. Vol. 3. 1976. № 4. P. 305.

²² См., например: *Schwarcz S.L.* Collapsing Corporate Structures: Resolving the Tension Between Form and Substance // *The Business Lawyer*. Vol. 60. November, 2004. P. 109.

²³ См.: *Ценов Г.В.* Акционерные общества. Теория и практика. М., 2008. С. 58–64.

²⁴ См.: *Егоров Н.Д.* Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация. Л., 1998. С. 9.

²⁵ *Алексеев С.С.* Указ. соч. С. 109.

определенность обладает самостоятельной ценностью.

В литературе отмечается, что справедливость в экономических отношениях тесно связана с фактором контроля. Так, А.Ю. Бушев выводит признак справедливости из того, “кто из сторон соответствующих отношений в большей степени контролирует развитие рискованной ситуации, и следовательно, кто имеет больше возможности влиять на проявление негативных факторов”²⁶.

Весьма эффективно применять указанную методологию при анализе корпоративных отношений (внутренних отношений между участником и корпорацией, между корпорацией и органами управления), которые предстают перед нами как “открытые контракты”, т.е. такие отношения, в которых заранее невозможно конкретно определить все права и обязанности сторон, но можно ограничить их пределы. На языке права отношения в “открытых контрактах” характеризуются как фидуциарные²⁷.

Невозможность детального определения прав и обязанностей в “открытых контрактах” объясняется неопределенностью будущего²⁸. Управленческие решения принимаются в условиях ограниченности информации и времени, многое зависит от профессиональных и личных качеств менеджера, а также от действия внешних факторов. При таких обстоятельствах ни менеджер, ни корпорация не могут предоставить инвестору гарантированный результат. Поэтому в корпоративном праве речь идет о *справедливом распределении между ними экономических выгод, затрат, рисков*, а не о предоставлении инвестору товара по модели купли-продажи или возврату займа и выплате процентов. Важное значение приобретает вопрос об объеме информации, достаточном для принятия инвестором рационального решения.

²⁶ Бушев А.Ю. Основы управления рисками в праве // Арбитражные споры. 2008. № 3. С. 80.

²⁷ См.: Easterbrook F.H., Fischel D.R. Op. cit. P. 90.

²⁸ Неопределенность будущего означает, что “мы не можем предсказать будущие результаты нашего выбора даже при помощи вероятностных распределений, поскольку у нас нет научной основы для вычисления соответствующих вероятностей... Неопределенность представляет собой проблему “сложной (экономической) системы”, характеризующейся, во-первых, использованием активов длительного пользования, “вследствие чего производственная и вообще хозяйственная деятельность оказывается “растянутой” во времени”, и, во-вторых, глубиной разделения труда, вследствие чего люди оказываются тесно взаимосвязанными (см.: Розманский И.В. Денежная экономика как основной “предметный мир” посткейнсианской теории // Экономический вестник Ростовского ун-та. Т. 5. 2007. № 3. С. 58).

Поскольку корпоративные отношения обычно не связаны с транзакционно-специфическими активами, то разработчики теории транзакционных издержек указывают на то, что для защиты инвестиций акционеров от экспроприации менеджмента необходимо наличие совета директоров (наблюдательного совета), контролирующего менеджмент²⁹, что соответствует отстаиваемой Е.А. Сухановым точке зрения об образовании наблюдательных советов в акционерных обществах³⁰.

Изложенное позволяет заключить, что *корпорацию можно считать эффективным механизмом долгосрочного управления имуществом в условиях неопределенности будущего*, который появился в том числе вследствие невозможности заключения долгосрочных форвардных контрактов из-за отсутствия достаточной информации для определения процентных ставок.

Таким образом, невозможность всеобъемлющего императивного регулирования деятельности корпораций и их руководителей объясняется не столько индивидуальными предпочтениями сторонников “теории издержек”, сколько самой сутью отношений в условиях неопределенности по участию и управлению корпорациями.

Как невозможно нормировать творческую деятельность, так в условиях неопределенности нельзя предопределить поведение руководителя, можно лишь ограничить свободу его действий, определить принципы и стандарты его деятельности и контролировать ее. Однако ограничение свободы само по себе не влечет достижения положительного результата³¹.

Следует учитывать, что увеличение степени вовлечения акционеров (участников) в управление экономической деятельностью корпораций не означает повышения эффективности ее деятельности. Напротив, это может увеличить риски корпорации в связи с нарушением принципа специализации труда и появлением дополнительных управленческих издержек. Нельзя забывать знаменитую “теорему” Р. Коуза о границах

²⁹ См.: Уильямсон О.И. Указ. соч. С. 472, 485.

³⁰ Суханов Е.А. Указ. соч. С. 210–215.

³¹ См.: Бушев А.Ю. О критериях оценки решений директоров коммерческих организаций: от детальной регламентации к оценочным понятиям // Вестник СПбГУ. Сер. 14. Вып. 3. 2013. С. 43. С другой стороны, как тут не вспомнить крылатую фразу, приписываемую наркому железнодорожного транспорта СССР Л.М. Кагановичу, о том, что “у каждой аварии есть фамилия, имя и должность”. Здесь мы упираемся в проблему определения границ правового регулирования отношений такого рода.

фирмы: корпорация становится неэффективной тогда, когда затраты на ее управление превышают затраты, возникающие при организации транзакций посредством ценового механизма на рынке³².

Разумеется, изложенный подход не исключает поиска и применения иных путей защиты интересов акционеров (участников), прежде всего “пассивных инвесторов”, например обязательный выкуп акций (долей), опционные договоры и т.п., т.е. сведению в пределах горизонта планирования “открытых контрактов” к “закрытым контрактам”, цена которых является определяемой.

Государству важно обеспечить правильное соотношение между императивными и диспозитивными нормами, найти баланс между частными и публичными интересами с учетом уровня эконо-

мической культуры и правосознания как населения в целом, так и его отдельных групп (классов). Найденные эффективные правовые механизмы координации и балансировки интересов участников (акционеров) следует закреплять в качестве “стандартных моделей”.

Таким образом, тесная связь между экономической и корпоративным правом прослеживается в том, что праву отводится решающая роль в определении деятельности фирм и функционирования рынков. Изначальное разграничение прав “влияет на эффективность действия экономической системы. При одном распределении прав ценность производства может оказаться большей, чем при каком-либо другом... экономическая политика состоит в выборе таких правовых норм, процедур и административных структур, которые обеспечат максимизацию ценности производства”³³.

³² См.: *Coase R.H. The Nature of the Firm // Economica. New Series. Vol. 4. Issue 16 (Nov., 1937). P. 386–405; Fama E.F., Jensen M.C. Op. cit. P. 301.*

³³ *Коуз Р. Указ. соч. С. 7, 33, 109.*