

---

Журнал **Lex Russica** издается Государственным образовательным учреждением высшего профессионального образования Московской государственной юридической академии с января 2004 г., являясь правопреемником и продолжателем традиций **Трудов ВЮЗИ-МЮИ-МГЮА** и **Ученых записок ВЮЗИ**, и выходит один раз в два месяца.

---

LEX RUSSICA

Подписано в печать 29.05.06. Формат 70 × 100<sup>1</sup>/<sub>16</sub>.  
Печать офсетная. Печ. л. 11,5. Тираж 300 экз. Заказ № 465.

ООО «Издательство Проспект»  
107005, Москва, Лефортовский пер., 12/50.

Отпечатано в полном соответствии  
с качеством предоставленных диапозитивов в ОАО «Домодедовская типография»  
142001, г. Домодедово, Каширское шоссе, 4, корп. 1.

© Государственное образовательное учреждение  
высшего профессионального образования  
Московская государственная юридическая  
академия, 2006

LEX

RUSSICA

2006 (изд. ...)

Редакцион  
коллегия:

О.Е. Кутафя  
РАН, д-р юр  
профессор, р  
(главный ред  
В.В. Блажее  
главного ред  
И.М. Мацке  
главного ред  
Г.А. Есаков  
редактор)  
К.А. Бекаш  
К.Н. Гусов  
Г.К. Дмитри  
В.Г. Ермоле  
В.В. Малько  
В.П. Мозоль  
Е.И. Козлов  
П.А. Лупинс  
А.И. Рарог

ISSN 1729-5920

Государственное образовательное учреждение  
высшего профессионального образования  
«Московская государственная юридическая академия»

LXX

2006, № 3 (май)

RUSSIA

2006 (изд. с 1948 г.) НАУЧНЫЕ ТРУДЫ МГЮА Том LXV (№ 3)

**Редакционная  
коллегия:**

**О.Е. Кутафин**, академик  
РАН, д-р юрид. наук,  
профессор, ректор МГЮА  
(главный редактор)  
**В.В. Блажеев** (зам.  
главного редактора)  
**И.М. Мацкевич** (зам.  
главного редактора)  
**Г.А. Есаков** (отв.  
редактор)  
**К.А. Бекашев**  
**К.Н. Гусов**  
**Г.К. Дмитриева**  
**В.Г. Ермоленко**  
**В.В. Мальков**  
**В.П. Мозолин**  
**Е.И. Козлова**  
**П.А. Lupинская**  
**А.И. Рарог**

**СОДЕРЖАНИЕ**

*История правовых учений*

*Карцов А.С.* Проблема субъективных  
прав и обязанностей в русском  
консерватизме 445

*Конституционное и муниципальное  
право России*

*Комарова В.В.* Институт народной  
правотворческой инициативы  
(понятие, виды, правовые основы) 459

*Садовникова Г.Д.* Органы народного  
представительства и глава государства:  
границы взаимодействия 474

*Финансовое право*

*Болтинова О.В.* К вопросу о понятии  
бюджетного процесса 489

## ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

В.Г. ГОЛУБЦОВ\*

### ПУБЛИЧНЫЕ ЭЛЕМЕНТЫ В ЧАСТНО-ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ

Проблемы разграничения публичного и частноправового регулирования общественных отношений являются объектом пристального внимания.

Однако проблематика не исчерпывается разграничением сфер регулирования. Не менее важным, особенно сегодня, становится вопрос о взаимоотношении и взаимодействии публичного и частного права при регулировании имущественных отношений.

Давая доктринальное определение и выявляя принципиальное различие между правом публичным и частным (гражданским), необходимо иметь в виду несколько принципиально важных положений.

Во-первых, определение и разграничение публичного и частного права ни в коем случае не должны приводить к их противопоставлению. Отрицание публичного права в угоду праву частному, хотя даже и в перспективе, влечет за собой и отрицание частного, так как при этом отпадает охранительная функция государства, необходимая для возникновения и осуществления всякого права. Лишено смысла и отрицание частного права, так как доведение этой концепции до логического завершения влечет за собой абсолютный примат публично-правовых интересов, поскольку тому не будет никакого противовеса.

© Голубцов В.Г., 2006

\* Кандидат юридических наук, доцент юридического факультета Пермского государственного университета, докторант кафедры гражданского и семейного права МГЮА.

Следует признать наиболее конструктивной и верной теорию, выдвинутую еще Г. Спенсером и развитую впоследствии Г.Ф. Шершеневичем, в соответствии с которой главенствующей в вопросе существования и развития частного и публичного права является идея параллельного существования и развития государственного и индивидуального интереса, которое с юридической стороны выражается в разделении права на публичное и частное<sup>1</sup>.

Очевидно, что «личное начало» в обществе не стоит противопоставлять его общественным интересам. Частный интерес как индивидуальный, так и коллективный, требует не только защиты со стороны государства, но и обеспечения его социальной направленности. «Раздвигаются» его границы до горизонтов публичности в регионе, стране, мире. Важнее теперь находить баланс интересов граждан, групп, слоев, меньшинства и большинства. В сфере правового регулирования решение этой задачи достигается путем параллельного развития, взаимодействия публичного и частного права<sup>2</sup>. Представляется необходимым полностью согласиться с указанной точкой зрения. Очевидно, что разделение права на публичное и частное ни в коем случае не означает их противопоставления. «Публичное и частное право стоят в отношениях взаимной зависимости и соподчинения, а не предшествования друг другу – даже в логическом смысле, – или поглощения одного другим»<sup>3</sup>. Указанная процедура разграничения права имеет своей целью уяснение духа и определение места указанных образований в правовой системе. Как писал Ю.С. Гамбаров: «Различие между тем и другим не может быть иным, как условным и делаемым исключительно в учебных и практических целях, рассчитанных на то, чтобы достигнуть возможной обозримости огромного материала, представляемого совокупностью права и подчиненного в своем целом единой закономерности»<sup>4</sup>. Действительно, как частное, так и публичное право являются составными частями правовой системы государства. Система права, согласно традиционному определению, представляет собой «его внутреннее строение, которое выражается в единстве и согласованности действующих в государстве правовых норм и вместе с тем в разделении права на относительно самостоятельные части»<sup>5</sup>. Система как философское понятие – это некое целостное явление, состоящее из отдельных частей (элементов), взаимосвязанных и взаимодействующих между собой, т.е. представляет собой органиче-

<sup>1</sup> См. подр.: Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Т. 1. Казань, 1901. С. 77.

<sup>2</sup> См.: Тихомиров Ю.А. Публичное право: падения и взлеты // Государство и право. 1996. № 1. С. 3–4.

<sup>3</sup> Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Т. 1: Часть общая. СПб., 1911. С. 81.

<sup>4</sup> Там же. С. 79.

<sup>5</sup> Хропанюк В.Н. Теория государства и права. М., 1995. С. 295.

ски целое явление. Таким образом, частное и публичное право, являясь частями единого целого – системы права, с необходимостью развиваются по одинаковым законам развития системы права в целом. «Было бы неправильно представлять современный процесс становления частного права как борьбу, конкуренцию с публичным правом»<sup>6</sup>.

Необходимо напомнить, что на уровне норм права, а не отношений, проводить разграничение публичного и частного права практически невозможно, так как основываться оно может только на формальных критериях, которые не имеют внутреннего единства и могут произвольно изменяться государством.

Во-вторых, граница между публичным и частным правом на протяжении истории периодически менялась и меняется. На этот факт обращали внимание еще дореволюционные цивилисты, отмечая, что «существующее в современном юридическом порядке различие гражданского и публичного права... представляют собой лишь историческое явление...»<sup>7</sup> и «граница на протяжении истории далеко не всегда проходила в одном месте»<sup>8</sup>. Так, в древнее время еще только зарождавшаяся и потому слабая государственная власть не вмешивалась в некоторые отношения, например касающиеся мести, которые впоследствии стали составлять предмет уголовного (публичного права). Были в истории примеры и обратных процессов, когда отношения, регулируемые публичным правом, со временем перемещались в сферу частноправового регулирования.

В-третьих, помимо упомянутой выше исторической изменчивости границы между частным и публичным правом, необходимо иметь в виду, что «даже в каждый данный момент эти границы не представляют резкой демаркационной линии»<sup>9</sup>. Этот признак базируется, несомненно, на идее параллельного развития и существования частного и публичного права, о которой говорилось ранее. «Тесная связь в пределах каждого отдельного законодательства между публичным и частным правом, связь, позволяющая видеть в том, и в другом две стороны одного и того же отношения (Аренс), опирается, с одной стороны, на общность предмета или материала гражданского или публичного права, с другой стороны, на взаимное отношение между индивидом и обществом. Над тем и другим возвышается право «единое» в своем основании, охватывающее всю социальную жизнь и дающее содержание как публичному, так и частному праву»<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Лазарев В.В. Становление российского частного права: проблемы и перспективы: (межрегиональная конференция) // Правоведение. 1995. № 6. С. 114–115.

<sup>7</sup> Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 70.

<sup>8</sup> Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 40.

<sup>9</sup> Там же. С. 41.

<sup>10</sup> Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 79.

Этот взгляд, базирующийся на идее параллельного развития частного и публичного права и заключающийся в признании взаимного проникновения и влияния друг на друга двух указанных частей права, зазвучал и сегодня из уст ученых, занимающихся указанными проблемами. «По мере развития конкуренции, – пишет В.В. Лазарев, – упрочения государства наблюдается “конвергенция” систем публичного и частного права»<sup>11</sup>.

Почему этот вопрос стал возникать именно сейчас?

Обсуждать проблемы, связанные с наличием публичных элементов в гражданском праве, в советское время не было надобности, а порой и возможности. Тогдашние взгляды отличались отрицанием частного в угоду общественному, и признанием закона как меры политической, что привело к постепенному исчезновению связанной с этим проблематики из юридической литературы. Далее, в период начала перестройки, когда идеи частного права получили новое дыхание, «взмылся ввысь флаг частного права, и сторонники его стали критически оценивать публичность в праве как проявление тоталитаристских тенденций и сугубо нормативистской и позитивистской трактовки права, демократизм правовой системы связывался только с частным правом»<sup>12</sup>. В таких условиях, когда господствовали идеи «чистого» частного права, как назвал их Ю.К. Толстой<sup>13</sup>, не было место и указанной дискуссии о взаимовлиянии и взаимопроникновении публичного и частного права; задачи цивилистов были иные: реанимировать саму идею частного права.

Первая часть задачи, связанной с установлением дуализма правовой системы, была выполнена: гражданское право стало подлинно частным – на сцену вновь вышли давно забытые идеи частного права, принимались соответствующие акты, появлялась практика.

Далее, на следующем этапе практического применения и теоретического осмысления нового гражданского права стало очевидно, что недостаточно разбить систему права на частное и публичное; необходимо создать условия для их совместного существования, взаимодействия с целью нормального функционирования, что невозможно, как стало очевидно в последнее время, в частности, без взаимовлияния этих двух систем, без проникновения публичных элементов в гражданское право и наоборот. Со всей остротой периодически стали возникать практические вопросы, решение которых как раз и лежало в плоскости разрешений этих теоретических проблем, что вызвало определенный интерес к данной тематике на страницах юридической печати. Вопросы эти были подняты многими известными учеными и практиками, к числу которых можно отнести Ю.К. Толстого<sup>14</sup>,

<sup>11</sup> Лазарев В.В. Указ. соч. С. 115.

<sup>12</sup> Алексеев С.С. Теория права. М., 1994. С. 218.

<sup>13</sup> См. подр.: Толстой Ю.К. Гражданское право и гражданское законодательство // Правоведение. 1998. № 2. С. 128–149.

<sup>14</sup> См., напр.: Толстой Ю.К. Указ. соч. С. 128–149.

В.Ф. Яковлева<sup>15</sup>, М.И. Брагинского, В.В. Витрянского<sup>16</sup>, Л.Г. Ефимову<sup>17</sup>. Проблема соотношения и «синхронизации» публичного и частного права стала звучать не только в практическом аспекте, но и при разрешении многих краеугольных теоретических вопросов, таких, например, как принципы гражданского права. В.Ф. Яковлев, говоря о принципах гражданского права, прямо упоминает о необходимости «разумного сочетания частных начал с публичными элементами»<sup>18</sup>, а О.Н. Садиков вообще предлагал выделить в качестве одного из принципов гражданского права «сочетание индивидуальных и общественных (читай частных и публичных. – В.Г.) интересов» еще в 1991 г.<sup>19</sup>

Указанные посылки, а также несомненная теоретическая важность и возросшая практическая актуальность требуют изучения влияния публично-правовых элементов на гражданское право, на регулирование отношений, входящих в предмет гражданского права. Необходимо заметить, что выявление и систематизация указанных публично-правовых вкраплений в гражданское право представляют значительную трудность. Как метко подметил в свое время К.Д. Кавелин, «...беспрерывное взаимодействие частных и публичных элементов, хотя оно редко выступает наружу и бросается в глаза, а обыкновенно совершается в тиши, незаметно для наблюдателя и обнаруживается только в своих действиях и результатах»<sup>20</sup>.

Говоря о проблеме выявления и о характеристике публично-правовых элементов в гражданском праве, необходимо сделать оговорку. Заключается она в следующем: дело в том, что в литературе под одним термином «отрасль права» обозначаются два близких, внешне похожих, но, тем не менее, разных явления. В одних случаях под отраслью имеется в виду сфера правового регулирования – любая совокупность правовых норм, выделенная по предмету регулирования, в других – реальный, объективно существующий элемент целостной системы права как единого структурированного образования<sup>21</sup>. Цели настоящего исследования не располагают к изложению достаточно оживленной полемики, возникшей по

<sup>15</sup> См., напр.: Яковлев В.Ф. Гражданский кодекс и государство // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1997. № 6. С. 133–139.

<sup>16</sup> См., напр.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: общие положения. М., 1998. С. 662–672.

<sup>17</sup> См., напр.: Ефимова Л.Г. Соотношения частного и публичного права – правовая или политическая проблема? // Юридический мир. 1999. № 4. С. 4–9.

<sup>18</sup> Яковлев В.Ф. О некоторых вопросах применения части первой ГК РФ // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1995. № 5. С. 92–94.

<sup>19</sup> Садиков О.Н. Принципы нового гражданского законодательства СССР // Советское государство и право. 1991. № 10. С. 20–29.

<sup>20</sup> Кавелин К.Д. Что есть гражданское право и где его пределы // Кавелин К.Д. Полн. собр. соч. / С примеч. Д.А. Корсакова. Т. 4: Этнография и правоведение. СПб., 1900. С. 761.

<sup>21</sup> См.: Алексеев С.С. Общая теория права. В 2 тт. Т. 1. М., 1981. С. 251.

данному вопросу в литературе, которая неоднократно в ней освещалась<sup>22</sup>, достаточно будет указать на ту точку зрения, которой придерживаемся мы. Согласно концепции С.С. Алексеева, получившей в последнее время достаточно широкое распространение, система права включает в себя фундаментальные отрасли права (к числу которых относится и право гражданское), которые являются ядром правовой системы, отличаются определенной юридической чистотой; а также некие вторичные образования в структуре права или комплексные отрасли права, которые сочетают в себе частные и публичные элементы и существование которых связывают обычно с тем, что эти общности правовых норм «реально объективировались в правовой системе», а также с мероприятиями по кодификации. Кроме того, отмечается, что на практике комплексные отрасли зачастую путают с инкорпорированными актами, которые являются качественно иными явлениями и «конструируются путем внешней систематизации и существуют только в плоскости законодательной или научной систематики»<sup>23</sup>.

Так, говоря о публичных элементах в частном праве, под этим нередко понимают не только наличие публичного элемента в базовой отрасли (понимание в узком смысле), но и наличие норм гражданского права в комплексных отраслях, в инкорпорированных образованиях, а то и параллельное регулирование какого-либо общественного отношения нормами нескольких отраслей наряду с частным правом (понимание в широком смысле).

В узком смысле под проявлением публичных элементов в частном праве следует понимать как присутствие в гражданском праве частноправовых по сути норм (непосредственно преследующих частный интерес), в которых опосредовано наличествует интерес публичный, так и наличие в структуре частного права немногочисленных норм, где публичный интерес проявляется непосредственно, что дает основание утверждать, что в частном праве могут присутствовать и публичные нормы. К числу первых относятся, например, нормы о законных неустойках, где очевидно, что непосредственный интерес имеет частный характер – компенсацию получает конкретный субъект правоотношения, но, очевидно, что в установлении таких норм опосредованно имеется интерес публичный: защита слабой стороны в правоотношении. Ко второй группе можно отнести нормы о государственной регистрации предпринимательства.

О публичных же элементах в частном праве обычно говорят в широком смысле, когда имеют в виду все вышеперечисленное многообразие сосуществования и взаимодействия публичного и частного права. Представляется, что задача установления четкого разграничения каждого из таких проявлений не является самоцелью. Определив общую методологию

<sup>22</sup> См.: Ровный В.В. Явление дуализма в праве и его сущность. Иркутск, 1999. С. 30–41; Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 1. С. 247–261.

<sup>23</sup> Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 1. С. 247–261.



подхода к такому разграничению, полагаем, что в каждом конкретном случае можно будет определить исконную теоретическую природу конкретных явлений.

Гораздо более важным представляется попытка определить причины, формы и конкретные проявления взаимодействия и взаимопроникновения публичных и частных элементов при регулировании отношений, традиционно входящих в предмет гражданского права, и сделать определенные выводы, имеющие куда более важную теоретическую и практическую ценность, чем определение чистоты понятий в каждом конкретном случае.

Наличие в гражданском праве таких публичных элементов не делает, на наш взгляд, эту базовую отрасль комплексной, как утверждают некоторые авторы, например, В.Ф. Попондопуло<sup>24</sup>. Как совершенно верно отметил С.С. Алексеев, указанные отрасли «первичны, содержат исходный юридический материал, который затем так или иначе используется при формировании других отраслей... концентрируют генеральные юридические режимы»<sup>25</sup>, что по определению не позволяет им быть комплексными. В связи с этим мы позволим себе не согласиться с мнением ряда цивилистов, названных ранее, о необходимости включения принципа сочетания публичного и частного начал в гражданском праве в число принципов частного права, исходных руководящих положений отрасли, потому как наличие такого (публичного) принципа в частном праве как раз свидетельствовало бы о комплексности фундаментальной отрасли, что, по нашему мнению, неверно. В то же время мы всецело поддерживаем принцип «разумного сочетания частных начал с публичными» в рамках правовой системы России в целом. Однако процессы проникновения публичных элементов в частноправовое регулирование, несомненно, объективно существуют и требуют соответствующего законодательного обоснования в частном праве. На наш взгляд, таким основанием можно признать принцип недопустимости произвольного вмешательства в частные дела, закрепленный в ГК РФ. По нашему мнению, наличие публично-правовых вкраплений в частном праве и является как раз случаем произвольного (основанного на законе) вмешательства государства в частные дела (сферу гражданско-правового регулирования). Этот процесс объективен и неизбежен в силу ряда причин. К таковым, в частности, можно отнести следующие обстоятельства:

1. Наличие в числе субъектов гражданского права такого участника, как государство. С этим связано, наверное, большинство споров и вопросов как в теории, так и на практике.

<sup>24</sup> См.: Попондопуло В.Ф. О частном и публичном праве // Правоведение. 1994. № 5-6; Его же. Правовой режим предпринимательства. СПб., 1994.

<sup>25</sup> Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 1. С. 248.

2. Специфика некоторых объектов гражданских прав, например, таких, как недвижимость и связанная с этим необходимость государственной регистрации недвижимости и сделок с ней.

3. Необходимость учета публичным правом требований частного права, например, защита слабой стороны, которая представлена сегодня в гражданском праве совсем неплохо: достаточно вспомнить публичный договор, договор присоединения, другие нормы, направленные на защиту гражданина – потребителя, в частности, законные неустойки, большое количество императивных норм; специальная правоспособность и лицензирование банковской деятельности и т.д.

4. Опора частного права на публичное в части защиты от нарушений.

5. Переkreщивание сфер регулирования.

6. Перемещение объектов из области публично-правового регулирования в область частного и наоборот – достаточно вспомнить законодательство о приватизации.

7. Необходимость государственного контроля за определенными сферами деятельности, что проявляется в необходимости регистрации предпринимательской деятельности, юридических лиц, лицензировании отдельных видов деятельности и т.д.

9. Необходимость заимствования норм и методов правового регулирования, которая неизбежна в целом ряде случаев, связанных, в частности, с тем, что: а) существуют такие отношения, которые, независимо от их природы, урегулировать в актах разной отраслевой принадлежности практически невозможно; б) есть большие сферы публично-правовых отношений, основой существования которых является гражданский оборот, гражданские права на имущество, гражданские сделки (например, таможенные и налоговые); в) властные отношения остаются в сфере регулирования гражданским правом, когда дело касается возмещения вреда, причиненного актом власти<sup>26</sup>.

*Материал поступил в редакцию 13.03.06.*

<sup>26</sup> См. подр.: Лазарев В.В. Указ. соч. С. 114–115; Маковский А.Л. Надо ли вносить изменения в гражданский кодекс // Право и экономика. 1998. № 1. С. 27; Яковлев В.Ф. Гражданский кодекс и государство. С. 133–139.