

ИЗВЕСТИЯ ВЫСШИХ УЧЕБНЫХ ЗАВЕДЕНИЙ

ПРАВОВЕДЕНИЕ

2006

НАУЧНО-ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

5 (268)

ОСНОВАН В ОКТЯБРЕ 1957 г.

СОДЕРЖАНИЕ

Теория права и государства

Гревцов Ю. И., Хохлов Е. Б. (С.-Петербург). О юридико-догматических химерах в современном российском правоведеии 4

Абрамов А. И. (Самара). Функции правосознания и их роль в реализации функции права 23

Раманкулов К. С. (Бишкек, Кыргызстан). Власть и право в экономическом механизме: соотношение и функциональные связи 35

Денисов С. А. (Екатеринбург). Бюрократизация правовой системы 41

Публичное право

Романовская О. В. (Пенза). О понятии публичной корпорации 53

Анисимов А. П. (Волгоград). О делении земельного фонда на категории 65

Частное право

Голубцов В. Г. (Пермь). Публично-правовые элементы в отношениях, регулируемых гражданским законодательством: теория вопроса 79

И Сюй (Инькоу, КНР). Правовое регулирование несостоятельности (банкротства) в Китайской Народной Республике 86

Социальное право

Томашевский К. Л. (Минск, Беларусь). Система трудового права и законодательства Беларуси и России: теоретические подходы и перспективы совершенствования 92

Международное право

Бахин С. В., Богданова Д. И. (С.-Петербург). Получение медицинской помощи в период пребывания за границей (по материалам соглашений, заключенных в рамках СНГ) 99

Талимончик В. П. (С.-Петербург). Роль двусторонних договоров, заключенных Российской Федерацией, в международном информационном обмене 105



ЧАСТНОЕ ПРАВО

Публично-правовые элементы в отношениях, регулируемых гражданским законодательством: теория вопроса

В. Г. ГОЛУБЦОВ*

Вопросы, связанные с разграничением публичного и частноправового регулирования имущественных отношений, традиционно находятся в центре внимания ученых и представляют несомненный практический интерес. Однако проблематика не исчерпывается разграничением означенных сфер. Не менее важным становится вопрос о взаимодействии публичного и частного права при регулировании имущественных отношений. Исключительно актуальным представляется установление оптимального соотношения публичного и частноправового регулирования этих отношений.

Формулируя доктринальное определение и выявляя фундаментальные различия между правом публичным и частным (гражданским), необходимо иметь в виду несколько принципиально важных положений.

Во-первых, разграничение публичного и частного права ни в коем случае не должно приводить к их противопоставлению. Отрицание публичного права в угоду праву частному влечет за собой и отрицание частного, ибо при этом умаляется охранительная функция государства, необходимая для возникновения и осуществления всякого права. Лишено смысла и отрицание частного права, так как, будучи доведенной до логического завершения, эта концепция утверждает абсолютный примат публично-правовых интересов, лишенных какого-либо противовеса.

Следует признать наиболее верной теорию, выдвинутую Г. Спенсером и развитую Г. Ф. Шершеневичем, в соответствии с которой главенствующей в вопросе взаимодействия частного и публичного права является идея параллельного существования и развития государственного и индивидуального интереса, что с юридической стороны выражается в разделении права на публичное и частное.¹

Очевидно, что «личное начало» не стоит противопоставлять 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, общественных слоев, меньшинства

* Кандидат юрид. наук, доцент Пермского государственного университета.
© В. Г. Голубцов, 2006

¹ См.: Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. В 2 т. Т. 1. Казань, 1901. С. 77.

и большинства. В сфере правового регулирования решение этой задачи достигается путем параллельного развития, взаимодействия публичного и частного права.² Повторим, разделение права на публичное и частное ни в какой мере 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».³ Процедура разграничения указанных образований имеет целью уяснение духа и определение их места в правовой системе. Как писал Ю. С. Гамбаров, различие между публичным и частным правом «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».⁴ 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».⁵ Система как философское понятие — это некое явление, состоящее из отдельных частей (элементов), взаимосвязанных и взаимодействующих между собой, т. е. явление органически целостное. Таким образом, частное и публичное право, будучи частями единого целого — системы права, с необходимостью развиваются по единым законам — тем, по которым эволюционирует эта система. «Было бы неправильно представлять современный процесс становления частного права как борьбу, конкуренцию с публичным правом».⁶

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

Во-вторых, граница между публичным и частным правом 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...»⁷ и «граница на протяжении истории далеко не всегда проходила в одном месте».⁸ Так, в древнее время еще только зарождавшаяся и потому слабая государственная власть не вмешивалась в некоторые отношения, например касающиеся мести, которые впоследствии составили предмет уголовного (публичного) права. Были в истории примеры и обратных процессов, когда отношения, регулируемые публичным правом, со временем переключивались в сферу частноправового регулирования.

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

³ Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. Т. 1. Часть общая. СПб., 1911. С. 81.

⁴ Там же. С. 79.

⁵ Хропанюк В. Н. Теория государства и права. М., 1995. С. 295.

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

⁷ Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. С. 70.

⁸ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 40.

В-третьих, помимо публичного и частного права, в данный момент эти границы «размыты».⁹ Этот тезис базисен для понимания сути взаимодействия и существования частного и публичного права. Выходя за пределы публичного и частного права, мы видим в данном случае две стороны одного явления, с другой стороны — стороны на общность права, с другой стороны — стороны в обществе. Над тем и другим, охватывающее и публичное, так и частное право.

Данная мысль, основанная на взаимодействии публичного права и частного права, звучит и сегодня. «Всплеск „вергенция“ систем публичного и частного права стал актуальным?»

Обсуждать проблему разграничения частного и публичного права в гражданском праве, в возможности. Тогдашний процесс привело к постепенному из юридической литературы права получили новое дыхание. Критики его стали критиковать тоталитаристскую трактовку права, делая акцент на частном праве».¹² В то же время о взаимовлиянии и взаимодействии частного и публичного права. Первый шаг к устоявшемуся разделению: гражданское право с давних пор складывалась правоприменительная практика.

На следующем этапе осмысления нового гражданского права необходимо разбить систему права на две части, для их совместного функционирования. Взаимовлияния этих двух систем.

⁹ Там же. С. 41.

¹⁰ Покровский И. А. Основы теории государства и права. М., 1998. С. 40.

¹¹ Лазарев В. В. Становление российского частного права. М., 1995. С. 114–115.

¹² Тихомиров Ю. А. Публичное право. М., 1994. С. 218.

¹³ См.: Толстой Ю. К. Гражданское право. М., 1998. № 2. С. 128–129.

В-третьих, помимо исторической изменчивости границ между частным и публичным правом необходимо иметь в виду, что «даже в каждый данный момент эти границы не представляют резкой демаркационной линии».⁹ Этот тезис базируется, несомненно, на идее параллельного развития и существования частного и публичного права, о которой мы говорили выше. «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».¹⁰

Данная мысль, основанная на идее параллельного развития частного и публичного права и заключающаяся в признании их взаимного проникновения, звучит и сегодня из уст ученых. «По мере развития конкуренции, — пишет В. В. Лазарев, — упрочения государства наблюдается «конвергенция» систем публичного и частного права».¹¹ Почему этот вопрос стал актуальным?

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 — это привело к постепенному исчезновению соответствующей проблематики из юридической литературы. В начале 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».¹² В таких условиях, когда господствовали идеи «чистого» частного права, как называл их Ю. К. Толстой,¹³ не было места и дискуссии о взаимовлиянии и взаимопроникновении публичного и частного права; задача цивилистов была иной: реанимировать саму идею частного права. Первый шаг к установлению дуализма правовой системы был сделан: гражданское право стало подлинно частным — на сцену вновь вышли давно забытые идеи частного права, принимались соответствующие акты, складывалась правоприменительная практика.

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 показало время, без взаимовлияния этих двух систем, без проникновения публичных элементов

⁹ Там же. С. 41.

¹⁰ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 79.

¹¹ Лазарев В. В. Становление российского частного права... С. 115.

¹² Тихомиров Ю. А. Публичное право: падения и взлеты. С. 3 (см. также: Алексеев С. С. Теория права. М., 1994. С. 218).

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

в гражданское право и наоборот. Со всей остротой встали практические вопросы, решение которых как раз и лежало в плоскости разрешения указанных теоретических проблем. Все это обусловило интерес к данной проблематике. Вопросы эти были подняты многими известными учеными и практиками, к их числу можно отнести М. И. Брагинского и В. В. Витрянского,¹⁴ Л. Г. Ефимову,¹⁵ Ю. К. Толстого,¹⁶ В. Ф. Яковлева.¹⁷ Тема соотношения и «синхронизации» публичного и частного права звучала не только в практическом аспекте, но и при разрешении многих краеугольных теоретических проблем, таких, например, как принципы гражданского права. В. Ф. Яковлев, говоря о принципах гражданского права, прямо указывает на необходимость «разумного сочетания частных начал с публичными элементами».¹⁸ А О. Н. Садилов еще в 1991 г. предлагал выделить в качестве одного из принципов гражданского права «сочетание индивидуальных и общественных интересов (читай «частных и публичных». — В. Г.)».¹⁹

Указанные посылки, а также несомненная теоретическая значимость и возросшая практическая актуальность требуют изучения влияния публично-правовых элементов на гражданское право, на регулирование отношений, входящих в его предмет. Необходимо заметить, что выявление и систематизация публично-правовых вкраплений в гражданское право представляет значительную трудность. Как метко подметил К. Д. Кавелин, «бесперывное взаимодействие частных и публичных элементов... редко выступает наружу и бросается в глаза, а обыкновенно совершается в тиши, незаметно для наблюдателя и обнаруживается только в своих действиях и результатах».²⁰

Рассуждая о проблеме выявления и характеристики публично-правовых элементов в гражданском праве, необходимо сделать оговорку. Дело в том, что в литературе одним термином «отрасль права» обозначаются «два близких, внешне похожих, но, тем не менее, разных явления. В одних случаях под отраслью понимается сфера правового регулирования — любая совокупность правовых норм, выделенная по предмету регулирования; в других — реальный, объективно существующий элемент целостной системы права как единого структурированного образования».²¹ Цели настоящего исследования не требуют излагать достаточно оживленную полемику, возникшую по данному вопросу,²² достаточно будет указать на ту точку зрения, которой придерживаемся мы. Согласно концепции С. С. Алексеева,

¹⁴ См., напр.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: общие положения. М., 1998. С. 662–672.

¹⁵ См., напр.: Ефимова Л. Г. Соотношение частного и публичного права — правовая или политическая проблема? // Юридический мир. 1999. № 4. С. 4–9.

¹⁶ См., напр.: Толстой Ю. К. Гражданское право и гражданское законодательство.

¹⁷ См., напр.: Яковлев В. Ф. Гражданский кодекс и государство // Вестник ВАС РФ. 1997. № 6. С. 133–139.

¹⁸ Яковлев В. Ф. О некоторых вопросах применения части первой Гражданского кодекса арбитражными судами // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1995. № 5. С. 92–94.

¹⁹ Садилов О. Н. Принципы нового гражданского законодательства СССР // Сов. государство и право. 1991. № 10. С. 20–29.

²⁰ Кавелин К. Д. Что есть гражданское право и где его пределы // Полн. собр. соч. Т. 4. Этнография и правоведение. СПб., 1900. С. 761.

²¹ Алексеев С. С. Общая теория права. В 2 т. Т. I. М., 1981. С. 251.

²² Там же. С. 247–261; Ровный В. В. Является ли договор в праве и его сущность. Иркутск, 1999. С. 30–41.

получившей в последнее время включает в себя 1) фундаментальность и право гражданства, отличаются определением образования в структуре сочетают в себе частные элементы, связывают обычно с тем, что активировались в правовом отношении. Кроме того, отчасти путают с инкорпорацией явлениями, которые «когда существуют только в плоскости

Так, говоря о публично-правовой речи не только о наличии публичности в узком смысле) в отраслях, в инкорпорировании какого-либо регулирования какой-либо отрасли (понимание в

В узком смысле публично-правовое право следует понимать как совокупность по сути норм (некоторые из которых опосредованно в структуре частного права) интерес проявляется непосредственно в частном праве могут приходить к отношению, например, но опосредованный интерес конкретный субъект права в таких норм опосредованно стороны в правоотношении государственной регистрации права

В широком же смысле публично-правовое говорят, имея в виду все, что касается публичного и частного отраслевую принадлежность самоцелью. Определив объект в конкретном случае можно описать следующие явления.

Гораздо более важными являются проявления взаимодействия частных элементов при регулировании предмет гражданского права, — чем установленно

Наличие в гражданском праве взгляд, эту базовую отрасль авторы, например В. Ф.

²³ Алексеев С. С. Общая теория права.

²⁴ Попондопуло В. Ф. 1) О публично-правовом режиме предпринимательства

получившей в последнее время широкое распространение, система права включает в себя 1) фундаментальные отрасли права (к числу которых относится и право гражданское), которые являются ядром правовой системы, отличаются определенной юридической чистотой; 2) 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 — качественно иными явлениями, которые «конструируются путем внешней систематизации и существуют только в плоскости законодательной или научной систематики».²³

Так, говоря о публичных элементах в частном праве, нередко ведут речь не только о наличии публичного элемента в базовой отрасли (понимание в узком смысле), но и норм гражданского права в комплексных отраслях, в инкорпорированных образованиях, а то и о параллельном регулировании какого-либо общественного отношения нормами нескольких отраслей (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 опосредованно наличествует интерес публичный, так и наличие в структуре частного права немногочисленных норм, где публичный интерес проявляется непосредственно. — Это 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 в то же время в установлении таких норм опосредованно имеется интерес публичный: защита слабой стороны в правоотношении. Во вторую группу входят нормы о государственной регистрации предпринимательства.

В широком же смысле о публичных элементах в частном праве обычно говорят, имея в виду все вышеотмеченное многообразие форм взаимодействия публичного и частного права. Представляется, что задача установить отраслевую принадлежность каждого из таких проявлений не должна быть самоцелью. Определив общую методологию разграничения, в каждом конкретном случае можно обнаружить исконную теоретическую природу исследуемых явлений.

Гораздо более важно попытаться определить причины, формы и конкретные проявления взаимодействия и взаимопроникновения публичных и частных элементов при регулировании отношений, традиционно входящих в предмет гражданского права, что куда как более ценно — теоретически и практически, — чем установление чистоты понятий в каждом конкретном случае.

Наличие в гражданском праве публичных элементов не делает, на наш взгляд, эту базовую отрасль комплексной вопреки утверждениям некоторых авторов, например В. Ф. Попондопуло.²⁴ Как совершенно верно отметил

²³ Алексеев С. С. Общая теория права. С. 247–261.

²⁴ Попондопуло В. Ф. 1) О частном и публичном праве // Правоведение. 1994. № 5–6; 2) Правовой режим предпринимательства. СПб., 1994.

С. С. Алексеев, указанные отрасли «первичны, содержат исходный юридический материал, который затем так или иначе используется при формировании других отраслей... концентрируют генеральные юридические режимы»,²⁵ что по определению не позволяет им быть комплексными. В связи с этим позволим себе не согласиться с мнением ряда названных ранее цивилистов о необходимости включить принцип сочетания публичного и частного начал в гражданском праве в число принципов частного права, исходных руководящих положений отрасли, поскольку наличие такого (публичного) принципа в частном праве как раз свидетельствовало бы о комплексности фундаментальной отрасли, что 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 частнопроводное регулирование, несомненно, объективно существуют и требуют соответствующего законодательного обоснования в частном праве. Полагаем, таким основанием служит принцип недопустимости произвольного вмешательства в частные дела, закрепленный в ГК РФ. На наш взгляд, наличие публично-правовых вкраплений в частном праве как раз и является случаем *непроизвольного* (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 государства в числе субъектов гражданского права — с этим связано, наверно, большинство споров и вопросов, как в теории, так и на практике.

2. Специфика некоторых объектов гражданских прав — таких, как недвижимость, — требующих государственной регистрации.

3. Необходимость учета частным правом требований права публичного, например защита слабой стороны, которая «представлена» сегодня в гражданском праве совсем неплохо: достаточно вспомнить публичный договор, договор присоединения, другие средства защиты 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. Перекрещивание сфер регулирования.

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

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

8. Заимствование норм и методов правового регулирования, неизбежное в целом ряде случаев, связанных, в частности, с тем, что (1) существуют такие отношения, которые, независимо от их природы, урегулировать в актах разной отраслевой принадлежности практически невозможно; (2) есть большие сферы публично-правовых отношений, основой самого существования которых является гражданский оборот, гражданские права

²⁵ Алексеев С. С. Общая теория права. С. 248.

на имущество, гражданское право); (3) властные отношения гражданского права, когда дело о власти.²⁶

Наиболее характерна в которой традиционно и частное и которая все и практических споров, с участием государства.

Существуют отношения причин переплетаются трудноразрешимым, а умышленными. Классический пример публичной (публичной) собственности.

²⁶ См.: Лазарев В. В. Статский А. Л. Надо ли вносить изменения? № 1. С. 27; Яковлев В. Ф. Гражданское право.

на имущество, гражданские сделки (например, таможенное и налоговое право); (3) властные отношения остаются в сфере регулирования гражданского права, когда дело касается возмещения вреда, причиненного актом власти.²⁶

Наиболее характерной и значимой областью гражданского права, в которой традиционно в наибольшей степени переплетается публичное и частное и которая всегда вызывала огромное количество теоретических и практических споров, является сфера гражданско-правовых отношений с участием государства.

Существуют отношения, в которых несколько из вышеперечисленных причин переплетаются, что делает вопрос еще более запутанным и трудноразрешимым, а указанные процессы более интенсивными и значимыми. Классический пример — отношения государственной и муниципальной (публичной) собственности.

²⁶ См.: Лазарев В. В. Становление российского частного права... 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.