

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
Пермский государственный университет

**ПРОБЛЕМЫ РАЗВИТИЯ
РОССИЙСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА**

Сборник статей

Пермь 2002

ББК 67

П78

П78 Проблемы развития российского законодательства: Сборник статей / Перм. ун-т. – Пермь, 2002. – 283 с.

ISBN 5-7944-0326-8

В сборнике статей представлены работы сотрудников юридического факультета Пермского университета, а также Пермского филиала Нижегородской академии МВД России. Исследуются с современных позиций актуальные вопросы теории права, конституционного, административного, гражданского, трудового права и ряда других отраслей.

Для научных и практических работников российской юстиции.

Печатается по постановлению редакционно-издательского совета Пермского университета

Редакционная коллегия
Г.Я.Борисевич, Л.В.Боровых, Л.Ю.Бугров,
Н.И.Гонцов (отв. ред.), С.Г.Михайлов, А.В.Москалев,
В.П.Реутов, С.И.Реутов, Л.В.Щенникова

ISBN 5-7944-0326-8

© Коллектив авторов, 2002

ОТ РЕДАКЦИОННОЙ КОЛЛЕГИИ

Данный сборник статей продолжает серию научных изданий, которые ежегодно предлагает вниманию читателей юридический факультет Пермского государственного университета. В нем представлены работы по различным направлениям юридической науки – теории права, конституционному, гражданскому, трудовому праву, проблемам криминалистики, социальной работы и другим.

Демографические реформы, происходящие в России, инициировали сильное и устойчивое развитие всех отраслей права. Это отразилось и в научной деятельности сотрудников юридического факультета ПГУ. Активно участвует в ней и творческая молодежь, результаты этих исследований включены в данный сборник. Ряд материалов отражают тематику диссертационных работ, защищаемых в Пермском университете.

Публикуемые статьи связаны с поиском решений по современным актуальным вопросам, возникающим в процессе реформирования всей системы российского законодательства. Поэтому предпринятые учеными попытки решить эти проблемы будут способствовать поступательному движению науки и практики.

Редакционная коллегия выражает надежду, что данное издание будет с интересом встречено юридической общественностью.

³ Вестник ВАС РФ. 1998. №11. С. 46.

⁴ Там же. 2000. №7. С. 70.

⁵ СПС «Консультант Плюс».

В.Г.Голубцов
Пермский университет

О ДУАЛИЗМЕ В ПРАВЕ И ОПРЕДЕЛЕНИИ ЧАСТНОГО ПРАВА

Теоретические исследования последних лет в сфере частного права, да и современные российские учебники гражданского права, в большинстве своем незаслуженно обходят вниманием вопрос о разграничении и соотношении публичного и частного права. Между тем необходимо признать, что интерес к этой проблеме в последнее время заметно повысился в связи с продолжающимся размежеванием права в Российской Федерации, практическая реализация которого требует соответствующей теоретической базы и научных разработок. Сугубо практическая ориентация и нерешение вопроса о разграничении права на частное и публичное уже сегодня приводят к формальному подходу и высказываниям следующего характера: «Граница между публичным и частным правом определяется волей государства, избирающего для регулирования отношений один из двух известных методов...»¹. При этом ни слова не говорится о критерии, в соответствии с которым государство должно и может выбирать метод для регулирования тех или иных отношений, что опасно для целостности, да и самого существования частного права в России, где известно стремление государства к установлению авторитарных, исключительно публично-правовых воззрений во всех сферах жизни. Для того чтобы этого не происходило, безусловно, необходима серьезнейшая теоретическая проработка этого вопроса.

Кроме того, в последнее время значительно возрос практический интерес к указанным проблемам в связи с рядом громких принципиальных юридических споров, которые возникают в практике и разрешение которых обуславливается интерпретацией этого, казалось бы, сугубо теоретического вопроса. Достаточно вспомнить историю с очередностью списания денежных средств с расчетного счета и возникшей коллизией между ст. 885 ГК и ст. 15 Закона РФ «Об основах налоговой системы в Российской Федерации»², Указ Президента РФ № 1212³ и ряд других споров. Данный вопрос поднимается сегодня и в

иных ракурсах. Одна из тем, о важности которой заявлено, но по которой серьезных, фундаментальных исследований пока не выполнено, — это вопрос о взаимодействии публичного и частного права, о наличии публичных элементов в гражданском праве России. Особую актуальность приобретают также вопросы, связанные с участием государства в гражданско-правовых отношениях, при разрешении которых в наибольшей степени переплетаются элементы публичного и частного права. Все эти обстоятельства как теоретического, так и практического плана делают необходимым возвращение к вопросам, касающимся публичного и частного права, и актуализации существовавших ранее теорий применительно к условиям сегодняшней правовой системы России.

«Распадение норм права на две группы, на право публичное и право гражданское, иначе частное, является ... характерным для современного юридического порядка»⁴, «... это деление является прочным достоянием юридической мысли, составляя непреходящий базис научной и практической классификации правовых явлений»⁵, — так писали виднейшие дореволюционные цивилисты Г.Ф.Шершеневич и И.А.Покровский. Это положение остается, несомненно, актуальным и для современного правопорядка России.

Споры цивилистов о необходимости и важности подобного деления права, о критерии разграничения публичного и частного права длились долгие годы, но нельзя сказать, чтобы наука пришла к единому мнению по этому вопросу. Для того чтобы его разрешить, необходимо, на наш взгляд, особенно тщательно проанализировать существовавшие в российской цивилистике воззрения по этому предмету, а также их генезис. И только усвоив рациональную основу тех из них, которые, как представляется, в наибольшей степени соответствуют научному подходу к проблеме, можно предложить трактовку указанной проблемы, отвечающую современным требованиям. Любая попытка провести демаркационную линию между частным и публичным правом без использования накопленного наукой и практикой, результатов проведенных исследований, по нашему убеждению, обречена на неудачу.

В силу того что термин «гражданское право» использовался еще римскими юристами, в том числе как синоним «частного права», в законодательстве и науке большинства стран, среди них и Россия, приняты выражения «гражданское право», «гражданские законы», наряду с термином «частное право». Такой же позиции будем придерживаться и мы, употребляя термины «гражданское» и «частное» право как синонимы.

В дореволюционной России интерес к проблеме соотношения частного и публичного права проявился лишь в XIX в. ввиду возрастающего внимания прогрессивной общественности к идеям конституционного строя⁶. До этого российская наука практически не занималась исследованием указанного вопроса, так как в русском праве ввиду его специфики, заключающейся в заметном удельном весе обычаев и общинного права, деление на частное и публичное исторически не было выражено столь отчетливо, как в других государствах⁷.

Исторически первой сложилась точка зрения, согласно которой искомым критерий разграничения публичного и частного права носит материальный характер, т.е. содержится в самой материи, в содержании регулируемых отношений, или выводится из экономической природы отношений, регулируемых частным и публичным правом. Установившая пределы гражданского права исходит из материального критерия, ученые-юристы принимали во внимание различные моменты.

В течение долгого времени юриспруденция ограничивалась определением, данным еще римскими юристами: публичное право — это то, которое имеет в виду интересы государства как целого, а частное право — то, которое имеет в виду интересы индивида как такового («*publicum jus est quod ad statum rei romane spectat privatum quod ad singulorum utilitatem*»⁸), т.е. во главу угла ставилось различие охраняемых законом интересов. Этот критерий является наиболее укоренившимся и распространённым. Указанная точка зрения прослеживается еще в трудах Ульпиана и Аристотеля; были сторонники этой «чисто классической» теории интереса и позднее, в числе таковых дореволюционные авторы называли Брукса, Нейнера, Лассона⁹.

Эти воззрения имели многочисленных противников в лице достаточно известных цивилистов. Критиковали их в своих работах К.Д.Кавелин¹⁰, Н.М.Коркунов¹¹ и многие другие. Возражения сводились главным образом к следующему. Во-первых, отрицалась сама возможность противопоставления общего блага и частного интереса. Вторым серьезным основанием для возражения было то, что противоположение частного и общественного интереса не совпадает с установленным делением права, чему приводилось много примеров.

Неудовлетворительность римской теории и классификации и главным образом ее неопределенность вызвали ряд попыток исправить ее или дать более четкую формулировку с целью уточнить понятие «интерес» либо принять в качестве истинного иной критерий. При этом все указанные взгляды сохраняли «материальное ядро», т.е. выбирали в качестве критерия разграничения различные понятия частного и общественного интереса, но облакали его в иные формы.

Так, сторонником материальной теории был Г.Ф.Шершеневич, который отстаивал разделение права на публичное и частное в зависимости от того, частный или публичный интерес защищает право. «Противоположение личности и общества, частной жизни и общественной деятельности, частных и общественных интересов, положения частного лица и представителя власти сознается более или менее ясно всеми и каждым, — писал он. — Наука не должна пренебрегать этой житейской точкой зрения и не может предложить взамен более верного и точного взгляда...»¹². При этом особое внимание им уделялось постановке самого вопроса, а именно: ученый настаивал на том, что различие между публичным и частным правом может быть построено с точки зрения материального момента только на различии отношений, но не норм, подчеркивая, что характер отношений определяет характер регулирующих норм. Всякую иную постановку вопроса Г.Ф.Шершеневич считал несостоятельной.

Еще один дореволюционный цивилист, С.В.Пахман, считая, что различие между публичным и частным правом сводится главным образом к различию интересов, давал отличную от традиционной трактовку частного и публичного интереса. Различный интерес вытекает, как полагал он, из характера юридических отношений, точнее институтов, к которым сводятся разнообразие правоотношения. Институты публичного права существуют для всех независимо от смены поколений, институты же гражданского права — для каждого лица порознь, этим и объясняется различие сферы общего и частного интереса¹³.

К сторонникам материальной теории традиционно относят и К.И.Мальшева¹⁴, который различал гражданское и публичное право по содержанию регулируемых отношений, причем по содержанию, которое сложилось изначально, независимо от правового регулирования. Особенностью теории К.И.Мальшева было то, что он отрицал всякое искусственное, доктринально выработанное деление права, считая, что действующий закон закрепляет не что иное, как фактически сложившуюся систему отношений, различающихся лишь сущностью.

Обращает на себя внимание еще одна «материальная» теория, выдвинутая в свое время Ф.К.Савиньи. Ее также необходимо признать модификацией римской теории, но имеющей очень высокую степень самостоятельности по отношению к «базовой» материальной теории Ульпиана. Ф.К.Савиньи различал юридические отношения по их цели; его теория была попыткой соединить классификацию по интересам, охрана которых есть цель права, и по различию положения субъекта как самостоятельного индивида или как члена общественного организма. Эта теория была впоследствии подхвачена и развиты Иерингом

в части учения о субъектах, и Аренсом — в части учения о цели, но и этим теориям не удалось сыскать всеобщего признания¹⁵.

Несмотря на все попытки «уточнить» и модернизировать «теорию интересов», она подвергалась серьезной критике в литературе по тем же основаниям, какие использовались для ниспровержения теории Ульпиана. Это обстоятельство инициировало некоторых ученых на поиск в рамках материальной теории иных критериев разграничения публичного и частного права.

В связи с этим необходимо упомянуть имя Д.И.Мейера¹⁶, виднейшего ученого своего времени, усматривавшего искомым критерий в различии экономических, имущественных интересов и интересов, не имеющих экономического значения. Аналогичной точки зрения придерживался в своих работах Умов¹⁷.

Особый взгляд на этот вопрос высказывал К.Д.Кавелин¹⁸. Он также рассматривал в качестве критерия для выделения гражданского права различие имущественных и неимущественных прав. Особенностью данной теории было то, что ее автор не просто выдвигал критерий имущественного характера права в качестве истинного для отнесения тех или иных прав к категории гражданских, он ратовал за отказ от существующего деления права на публичное и частное, от протипоставления публичного и частного. Взамен же предлагал наполнить гражданское право совершенно новым содержанием, совершить поистине «революционный» передел в сложившейся системе права. Предлагаемая им реформа должна была состоять в исключении из гражданского права всех личных правоотношений и во включении в его состав из других отделов системы права разбросанных повсюду юридических отношений между лицами по поводу имущества. Необходимо отметить, что этот крайний взгляд К.Д.Кавелина не имел поддержки среди юридической общности того времени, напротив, вызвал серьезные, на наш взгляд, возражения со стороны многих цивилистов, в частности проф. Московского университета С.А.Муромцева.

Еще одна оригинальная «материальная» теория была разработана П.П.Цитовичем, который высказал в свое время мысль о том, что гражданское (частное) право есть право распределения¹⁹. Теория П.П.Цитовича при всей ее оригинальности также не имела успеха у подавляющего большинства цивилистов того времени, так как был очевиден факт, что распределение регулируется и публичным правом: государство распределяет бюджетные средства; кроме того, оставался открытым вопрос о положительной оценке отношений, входящих в сферу публичного права.

На определенном этапе развития цивилистической мысли в России разработка идей, обусловленных материальным критерием, зашла в тупик и в литературе появилось новое течение, отстаивающее в качестве истинного критерия формально-юридический. Сторонники формальных взглядов искали критерий различения в особенностях формы, а не содержания регулируемых отношений. В рамках формальной теории сформировалось два направления.

Приверженцы первого старались найти критерий разграничения публичного и частного права в различном положении субъектов юридического отношения, пытаясь установить, принадлежат ли данные права человеку как обособленной личности или как члену организованного общественного союза. Указанная теория нашла себе авторитетного приверженца в лице Пухты, который усовершенствовал и развил ее. Пухта различал права исходя из того, имеет ли их лицо как отдельный человек или как член органического единства, и отстаивал деление права на частное, публичное и церковное. С некоторыми модификациями эту теорию поддерживали Гирке, Еллинек²⁰. Однако необходимо заметить, что это ответвление формальной теории не имело широкого распространения и ряд видных дореволюционных ученых, характеризуя современную им полемику по данному вопросу, даже не упоминают об этих взглядах.

Гораздо большее признание на определенном этапе получила еще одна формальная теория, сторонники которой различали публичное и частное право на основании того, от кого исходит инициатива защиты права от нарушений, другими словами, обращали внимание не на то, что охраняется, а на то, как охраняется. В основу разграничения публичного и частного права было положено различные способы охраны от правонарушений, т.е. факт — охраняется ли нарушенное право по инициативе самого потерпевшего или по инициативе общественной власти.

Основоположником этой теории был германский ученый Тон²¹. Теория Тона имела множество сторонников в лице авторитетных дореволюционных цивилистов. Достаточно назвать такие имена, как Муромцев²², Гамбаров²³, Дювернуа²⁴.

Говоря о трудах Ю.С.Гамбарова²⁵, нельзя не отметить факт, который почему-то обходят вниманием исследователи его творчества. Теория Ю.С.Гамбарова не была, если можно так сказать, «чисто формальной», во главу угла в теоретическом плане он ставил материальный критерий — направление интересов, но на практике предпочтение отдавал критерию формальному. Формальное разграничение публичного и гражданского права, по мнению Ю.С.Гамбарова, может быть

принято в силу практических и дидактических удобств. «Настоящий корень противоположения того и другого права лежит не в формах защиты, а в обусловливающих эти формы юридических отношениях действительной жизни...»²⁶. Критерий этот, направление интересов, кстати, был выдвинут в качестве дополнительного к формальному еще Тоном, которого традиционно считают основоположником формальной теории²⁷. Однако, как бы то ни было, в качестве истинного и приемлемого критерия приверженцы этого направления в юриспруденции отстаивали все же вышеупомянутый формальный критерий. Вышеуказанный подход имел определенные достоинства, отмечаемые многими дореволюционными авторами, в частности Г.Ф. Шершеневичем²⁸.

Формальная теория в то же время отличалась настолько существенными недостатками, что не могла быть принята. В соответствии с ней предполагалось, что в праве в любом случае есть указания на то, по чьей инициативе охраняется каждая из указанных норм, но во многих случаях такового указания закон не содержал, следовательно, ее нельзя было признать достаточной. Справедливо отмечалось, что различие частных и публичных прав проявляется не только при их нарушении, но и в ненарушенном состоянии, что также не «вписывалось» в рамки указанной теории. Помимо этого указывалось на то, что нарушения определенной категории прав могут вызывать одновременно и частную, и общественную инициативу защиты, а также на то, что встречающиеся в законодательстве распределение инициативы не соответствует сложившемуся в действительности различию между публичным и гражданским правом (например, диффамация, клевета).

Свой критерий противопоставления, который он относил к формальным, предлагал Н.М. Коркунов²⁹. Искомый критерий разграничения публичных и частных отношений заключался, по его мнению, в различии их юридической формы. Ученый полагал, что роль критерия мог бы сыграть способ разграничения интересов субъектов права, при этом он выделял два способа: 1) раздел объекта пользования в частное обладание, т.е. выделение «твоего» и «моего»; 2) приспособление объекта к совместному использованию. Наиболее принципиальные различия Н.М. Коркунов видел в способах приобретения и утраты частных и публичных прав, в различном содержании прав и соотношении прав и обязанностей соответствующих субъектов. Претендуя на создание новой теории, он фактически использовал подвергаемую им же критике теорию интересов, т.е. ставил публичное или частноправовое регулирование в зависимость от того, кому служит объект права (отдельной личности или государству, обществу) или в чьих интересах объект используется.

Завершая характеристику широчайшей дореволюционной полемики по поводу вопроса о критерии разграничения публичного и частного права, нельзя не упомянуть еще об одном авторе: И.А. Покровском. Его теория, если исходить из принципа разграничения на материальные и формальные, принадлежит в числу формальных. Фактически в своей работе И.А. Покровский предложил критерий, который впоследствии получил самое широкое распространение. Разграничение публичного и частного права, по мнению И.А. Покровского, следует проводить в зависимости от того, какими способами или приемами осуществляется это регулирование. Заслуга И.А. Покровского состоит в том, что он не просто предложил указанный критерий для разграничения публичного и частного права (метод правового регулирования в качестве такого критерия предлагался и раньше, но смысл, который вкладывали в это понятие, был совершенно иным³⁰), но и подробнейшим образом обосновал свой выбор. Эта мысль И.А. Покровского оказалась, пожалуй, самое большое влияние на взгляды современных ученых на эту проблему.

Резюмируя сказанное по поводу попыток решения вопроса о соотношении публичного и частного права в дореволюционной литературе, выделим следующее:

1. Дореволюционная цивилистика содержит многочисленные фундаментальные работы по данному вопросу. Коснуться данной проблемы в своих трудах счел необходимым практически каждый видный дореволюционный цивилист.

2. Несмотря на то что в литературе практически всеми авторами различалось два основных направления, так называемые «материальная» и «формальная» школы, вызвано это было скорее необходимостью хотя какой-то классификации многочисленных мнений по данному вопросу. Теории, выдвигаемые дореволюционными авторами, за редким исключением, сложно однозначно отнести к чисто «формальным» или «материальным». В большинстве своем эти теории представляются собой модификации «классических» либо основываются на сочетании материальных и формальных критериев разграничения права. Вследствие этого трудно представить четкую дифференциацию всего спектра существовавших тогда мнений по «материальному» или «формальному» признаку, и принятая выше попытка такой классификации носит в значительной степени условный характер. Тем не менее считаем эту попытку классификации необходимой для того, чтобы анализ дореволюционного материала не был простым перечислением существовавших взглядов и представлял научную ценность.

3. Выше-предпринятый анализ развития русской дореволюционной цивилистической мысли по этому вопросу показывает, что ни одна из сформулированных теорий не получила безусловного признания в литературе. Большинство работ представляло собой критику всех ранее высказанных взглядов и предложение своего, отличного от них. Между тем очевидно, что работы дореволюционных авторов являются выражением сформировавшихся на протяжении нескольких веков взглядов на этот вопрос и содержат рациональные идеи, которые гражданско-правовая наука сформулировала в результате длительных дискуссий по этому вопросу, это своеобразная «кладезь сокровищ» мировой цивилистической мысли, без использования которой невозможно исследование указанной проблемы на современном этапе.

Далее, характеризуя существовавшую полемику по вопросу о разграничении публичного и частного права, совершенно необходимо, на наш взгляд, назвать фамилии тех ученых, которые в неоднозначные советские времена отстаивали идеи частного права. Советская правовая система, как известно, не восприняла деления права на публичное и частное. Господствовала известная ленинская установка: «Мы ничего частного не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное»³¹. Таким образом, советское законодательство с первых дней своего существования заняло непримиримую позицию по отношению к частному праву. Результат подобного положения дел мог бы оказаться куда более плачевным, если бы не последовательная, принципиальная позиция целого ряда известных советских ученых-правоведов, составляющих цивилистическую школу. В 20-е гг. появляются фундаментальные очерки М.М.Огаркова о ценности частного права и Б.Б.Черепихина о публичном и частном праве. В 40-60 гг. увидели свет монографии Е.А.Флейшиц, С.И.Аскназия, О.С.Иоффе, С.С.Алексеева, О.А.Красавчикова, С.Н.Братуся, посвященные проблематике гражданского права, а позднее работы С.В.Полининой, В.Ф.Яковлева, Г.А.Свердлыка, Ю.Х.Калмыкова, Д.М.Генкина, А.В.Венедиктова, Г.Н.Амфитеатрова, А.Л.Маковского, Л.А.Лунца, Г.К.Матвеева, О.Н.Садикова, В.П.Грибанова, С.М.Корнеева, А.В.Дозорцева, Р.О.Халфиной и др. Именно благодаря титаническому труду перечисленных цивилистов, а также ряда других авторов частное право отвоевало себе право на существование в период становления правовой системы молодого советского государства и отстояло его в тяжелых условиях тоталитарной, жестко урегулированной плановой экономики и главенства «хозяйственно-правовых теорий». Именно благодаря преемственности взглядов на частное право, которая была сохранена в трудах советских цивилистов, становление

системы частного права стало возможным в столь короткое время в новой России.

Развитие юридической мысли в советской России практически не касалось вопроса о дуализме права в смысле разграничения его на частное и публичное. На то время он утратил актуальность, так как советская правовая система фактически не имела деления на частное и публичное право. Кроме того, вопрос этот традиционно носил философский, политический оттенок, потому и не обсуждался на страницах юридической печати с той остротой, которая была ему присуща в исследованиях дореволюционных авторов, потому как попытка обобщать противопоставление, пусть даже в праве, общественного и частного, провозгласить дуализм права в условиях жестко авторитарной системы не могла принести позитивных результатов, да и утратила на том этапе практическую значимость.

Тем не менее ученые цивилисты периодически возвращались к теме публичного и частного права, а также к проблеме определения пределов гражданского права, исследуя эти проблемы в иных аспектах, имеющих не менее важное теоретическое и практическое значение. Касались ее в своих работах, например, М.М.Огарков, В.В.Черепихин³². В советское время получил также распространение тезис о многомерности или полимерности системы права, о том, что в системе права существуют не только первичные, но и вторичные, третичные и прочие правовые образования. Указанное положение было выдвинуто в монографии В.К.Райхера «Общественно-исторические типы страхования»³³. В дополнение к нему впоследствии формулируется еще одно, а именно, что всем отраслям права, кроме разве суперотраслей — публичного и частного, присущ элемент комплексности и важна лишь мера этой комплексности. В меньшей степени она присуща административному праву, в большей степени таким правовым образованиям, как коммерческое, транспортное, банковское, страховое и мн. др. Это положение отстаивают, в частности В.Ф.Полондопуло³⁴ и Д.В.Нефедов³⁵. В советский период были также разработаны основополагающие теоретические вопросы, имеющие непосредственное отношение к проблеме отграничения гражданского права от других отраслей (права публичного). Оживленная полемика, например, велась по вопросу о предмете гражданского права, от решения которого в свою очередь зависило определение пределов гражданского права³⁶.

В современных условиях исследование указанного вопроса, как отмечалось выше, не менее актуально. Для того чтобы попытка его разрешить была удачной, необходимо в первую очередь уделить особое внимание постановке вопроса, касающегося определения граждан-

ского права и установления критерия отграничения гражданского права от других отраслей.

В литературе, как в дореволюционной и советской, так и современной, при определении пределов и границ гражданского права в подавляющем большинстве случаев отсутствует указание на то, какая цель стоит перед исследователем: теоретическая — определить, какая часть общественных отношений составляет предмет гражданского права и почему, или сугубо практическая — разграничить нормы права, составляющие законодательный массив в определенном государстве в определенный промежуток времени (позитивное право), на две большие группы — нормы публичного и частного права, и с учетом этого решать вопросы правоприменения. Распространено также положение, при котором исследователи ограничиваются исключительно нормативным определением гражданского права, причем в самом сжатом виде. Считаем, что подобный подход при решении данного важнейшего теоретического вопроса абсолютно недопустим. При более объемном и теоретизированном определении права акцент должен делаться не на нормах права, а на соответствующих субъективных правах, иными словами, давая такое определение, необходимо не просто сформулировать, какого рода отношения регулируются указанной отраслью права (определить предмет отрасли права), но и установить тот истинный теоретический критерий, который может быть положен в основу такого выделения, что и будет являться нашей первоцельной целью.

В то же время, определяя гражданское право и выявляя истинный критерий его разграничения с правом публичным, считаем, что найти такой критерий, который обеспечил бы без особых проблем разграничение правовой сферы во всем ее многообразии на две части, невозможно. Предпринимаемая такая попытка, по сути, мы ставим задачу установить ту границу, которая позволит делить все право, представляющее собой огромный механизм, на две части. Такая постановка этого вопроса не может повлечь за собой односложного ответа. Тем более, что недопустим упрощенный подход к решению этого вопроса, а также подход, ориентированный исключительно на прикладные (практические) цели. Полагаем, что данный вопрос носит не только, а может быть, и не столько правовой, сколько философский и общетеоретический характер.

Итак, при определении гражданского (частного) права и отграничении его от права публичного в качестве необходимых должны быть приняты несколько критериев, точнее, некая совокупность критериев, представляющих собой иерархическую систему, в которой один из них является главным, определяющим, а остальные имеют

подлинный (ориентированный на практику) характер, но в то же время необходимы для проведения указанного разграничения.

Основным критерием, которое определяет различие между частным и публичным правом, на наш взгляд, следует признать интерес, лежащий в основе конкретного правоотношения, — частный или публичный.

Заметим, что право в объективном смысле «всегда имеет в виду общественное благо»³⁷. Таким образом, необходимо вслед за Г.Ф.Шершеневичем признать, что «различие между публичным и гражданским правом может быть построено с точки зрения материально-го момента только на различии отношений, но не норм»³⁸.

Итак, в основу деления права на частное и публичное должно быть положено разграничение интереса, присутствующего в правоотношении, на публичный и частный. Очевидно, что к подобному утверждению необходимы некоторые пояснения. Попытаемся четко сформулировать, что же представляет собой частный интерес с точки зрения права, иными словами, в чем может проявляться частный интерес в конкретном правоотношении, наличие которого в соответствии с «теорией интереса» является необходимым для отнесения отношения к категории регулируемых гражданским правом.

В Словаре русского языка С.И.Ожегова, обнаруживаем следующие толкование слова «частный»: «Частный: ...2) личный, не общественные, не государственные. ...3) принадлежащий отдельному лицу, не обществу, не государству. ...4) относящийся к личному индивидуальному владению, деятельности, хозяйству и вытекающим отсюда отношениям»³⁹. Сходные воззрения в толковании указанного термина высказывали и дореволюционные цивилисты, в частности К.Д.Кавелин⁴⁰. Эти положения можно взять за основу при определении частного интереса, а следовательно, и частного права, однако с некоторыми уточнениями. Дело том, что субъектами гражданского права являются не только физические лица, но и юридические и государство в определенных случаях, следовательно, понятие «частный интерес» применительно к данной ситуации несводимо к понятию «интерес человека», физической личности. Необходимо также определить, по какому критерию интерес должен различаться на частный и публичный. Очевидно, что данный критерий должен носить не количественный (привязанный к единичной личности) характер, так как целый ряд частных лиц (юридических лиц) представляют собой объединение лиц или, по крайней мере, преследуют интересы не одного лица. Думается, что данная проблема может быть разрешена в результате противопоставления частного государственному. Государство представляет собой

единственный субъект, который олицетворяет собой политическую организацию общества — власть, способную воспользоваться принудительной силой на законном основании. Количество же частных субъектов весьма значительно и разнородно, поэтому пытаться дать определение частного интереса через перечисление признаков искомого представляется невозможным. Решить указанную проблему можно, если пойти по пути формулирования указанного понятия через противопоставление этого интереса интересу государственному (публичному). Итак, отношение, которое непосредственно не преследует интересов власти (государства), которое выступает в данном случае в качестве суверена (носителя политической принудительной власти), является частным. Таким образом, те отношения, где *непосредственно* отсутствует интерес государства как политического суверена, и есть отношения, преследующие частный интерес, *частноправовые* отношения.

Нередко противники материальной теории выступают против указанных взглядов с возражениями следующего порядка: противопоставление общественного и частного интереса невозможно, так как невозможно определить, какой интерес в большей мере преследуется в данном правоотношении или норме права, ибо общественный интерес охраняется постольку, поскольку призван обеспечить частные интересы, и наоборот. В качестве иллюстрации этого утверждения можно привести пример, о котором упоминали практически все критики «теории интереса» до революции: «неисправность поставщика казны во время войны, могущая иметь своим последствием голод армии, представляет более общий интерес, нежели выборы гласного в думу. Тем не менее поставка есть отношение гражданское, а выборы — *публичное*». Мы не напрасно оговаривались выше, что деление права должно быть установлено на уровне отношений, но не норм, что позволяет придать исследуемому явлению более конкретный характер и установить его принадлежность. При исследовании конкретного отношения необходимо принимать во внимание только *непосредственно* возникающий интерес. Существование какого-либо правоотношения и наличие в этом правоотношении какого-либо интереса имеют значение лишь применительно к данному конкретному случаю. Частный интерес и возникающее на его основе частное правоотношение соотносятся как причина и следствие. Причина и следствие как таковые имеют значение лишь применительно к данному конкретному случаю. Выходя за рамки конкретного случая, мы, таким образом, связываем его со всей цепью взаимодействий материального мира⁴¹, в таком случае установить связь между конкретным правоотношением и каким-либо интересом будет невозможно. Наличие же косвенной (опосредованной) связи

между публичным интересом и частным правоотношением означает, что эта связь лежит за пределами юридически значимой причинной связи и на характер правоотношения, соответственно, не влияет. Так, в приведенном примере с поставкой для государственных нужд во время военных действий возникает правоотношение по поставке продукции. Рассматривая только непосредственно связанный с ним интерес, без труда можно обнаружить, что он состоит для одной из сторон в своевременной надлежащей поставке продукции, а для другой — в своевременной и полной оплате. Никаких иных — публичных (связанных с государством как политическим сувереном) интересов в данном отношении по поставке товаров не существует. Равно как и неисполнение указанного договора влечет санкции только имущественного характера для поставщика, а возлагать на него ответственность за неудачи армии из-за нарушений им условий поставки и усматривать, таким образом, в настоящем правоотношении публичный элемент неуместно. Публичный элемент возникает здесь в процессе осуществления государством функций по обеспечению армии всем необходимым. То, каким образом, посредством заключения каких договоров оно это делает, не имеет значения для данного публично-правового отношения и ни в какой мере не делает отношения по обеспечению армии продовольствием *частноправовым*, и, наоборот, то, с какой целью заключается договор поставки, никак не влияет на тот интерес, который преследуют контрагенты по договору поставки, и, следовательно, не может менять существа правоотношений.

Еще одно возражение противников «теории интереса» заключается в утверждении, что фактически каждый частный интерес — часть общего, а общественный (государственный) — совокупность частных. Необходимо отметить, что общее не есть совокупность частей его составляющих. Философская наука убедительно доказала, что общее несводимо к сумме единичных, что оно обладает такими качествами и свойствами, какими единичное, его составляющее, обладать не может, а поэтому качественно от него отличается, неся в себе иное содержание, хотя и базируется на единичном и из него состоит. Поэтому ни в какой мере нельзя признавать справедливым утверждение, что, говоря о частном интересе, мы говорим о части общего интереса, а значит, и об общем интересе в целом. Необходимо констатировать, что общий интерес как совокупность частных обладает особыми признаками, таким образом, частный и общий интерес содержат в себе принципиальные различия.

Определив основной критерий, касающийся разграничения права на частное и публичное, отметим, что критерий носит отчасти фи-

лософский, общетеоретический характер. Его следует, на наш взгляд, развивать, дополнить, «развернуть», если так можно выразиться, это фундаментальное положение в еще несколько дополнительных критериев, руководствуясь практическими соображениями, так как выявленный нами критерий затруднительно будет применить на практике без определенных уточнений.

Содержание гражданских прав, частный интерес не индифферентны к предмету и методу отрасли, регулирующей эти отношения. Сущности частных прав соответствует определенный круг общественных отношений и набор приемов и способов их регулирования. Соответствующий предмет и метод регулирования представляют собой те «симптомы», которые позволяют говорить о наличии в правоотношении частного интереса, а значит, и о его частноправовом характере. Именно этими более простыми и понятными категориями мы в практических целях пользуемся для удобства анализа вместо такого сложного и потому трудно распознаваемого понятия, как частный интерес. Вместе с тем необходимо признать, что указанные дополнительные критерии производны и выводимы из критерия основного: интереса и единственное их оправдание — в практическом удобстве, позволяющем только по этим двум признакам распознать, имеем ли мы дело с публичным или гражданским правом.

Резюмируя все сказанное о критериях разграничения права, выскажем мнение по поводу доктринального определения гражданского права как отрасли. Итак, гражданское право представляет собой систему норм, регулирующих имущественные и немущественные отношения, непосредственно преследующие частный интерес и основанные на равенстве участников.

В практических же целях, определяя гражданское право как систему норм, целесообразно, на наш взгляд, с учетом вышесказанного, ориентироваться на традиционное определение гражданского права через предмет и метод.

¹ Ефимова Л.Г. Соотношение частного и публичного права — правовая или политическая проблема? // Юридический мир. 1999. №4. С. 8.

² Закон РФ от 27.12.91. № 2118 «Об основах налоговой системы в РФ» // Ведомости СНД и ВС 12.03.97. №11. Ст. 527.

³ Указ Президента РФ от 18.08.96. №1212 «О мерах по повышению собираемости налогов и других обязательных платежей и упорядочению наличного и безналичного денежного обращения» // Собр. законод. РФ. 1996. 26 авг. №35. Ст. 4144.

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М.: СПАРК, 1995. С. 9.

² Лохровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 37 (сер. «Классика российской цивилистики»).

³ Там же.

⁴ Исав И.А. История государства и права России. М., 1993. С. 9-12, 32-71, 94-109.

⁵ Ульшлан Дигесты 1,1,1,2.

⁶ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. 9-е изд. без изм. СПб., 1914. С. 168; Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Т. 1: Введение. Вып. 1. Казань: Типо-литография император. Казан. ун-та, 1901. С. 54.

⁷ Кавелин К.Д. Что есть гражданское право и где его пределы // Полн. собр. соч. Т. 4: Этнография и правоведение с примечаниями проф. Д.А.Корсакова. СПб.: Типография М.М.Стасюлевича. Вас. остр. 5, лин. 28, 1900. С. 762-861.

⁸ Коркунов Н.М. Указ. соч. С. 165-183.

⁹ Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. С. 63; Он же. Учебник русского гражданского права. С. 9

¹⁰ Лазман С.В. Курс гражданского права. Лекции, читанные в императорском Санкт-Петербургском университете в 1872-1973 акад. году.

¹¹ Малышев К.И. Курс общего гражданского права России. Т. 1. СПб.: Типография М.М.Стасюлевича. Вас. остр. 2, лин. 7, 1878. С. 1.

¹² Коркунов Н.М. Указ. соч. С. 171.

¹³ Мейер Д.И. Русское гражданское право: В 2 ч. М.: Статут, 1997. Ч. 1. С. 31-33. По испр. и доп. 8-му изд. 1902 (сер. «Классика российской цивилистики»).

¹⁴ Коркунов Н.М. Указ. соч. С. 170.

¹⁵ Кавелин К.Д. Указ. соч. С. 751.

¹⁶ Цитович П.П. Курс русского гражданского права. Т. 1. Одесса, 1878. Вып. 1. С. 5.

¹⁷ Коркунов Н.М. Указ. соч. С. 175-178.

¹⁸ Там же. С. 179.

¹⁹ Муромцев С.А. Римское гражданское право: Курс лекций. СПб., 1877-1878. С. 26-27.

²⁰ Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. СПб.: Типография М.М.Стасюлевича. Вас. остр. 5, лин. 28, 1911. Т. 1. Часть общая. С. 52-54.

²¹ Дювернуа Н. Чтения по гражданскому праву. СПб., 1898. Т. 1. С. 28.

²² Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 53.

²³ Там же. С. 52-53.

²⁴ Цит. по: Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 50-51.

²⁵ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 10.

²⁶ Коркунов Н.М. Указ. соч.

²⁷ Цакман С.В. Указ. соч. С. 7.

²⁸ Ленин В.И. О задачах Наркомоста в условиях новой экономической политики. Письмо Д.И.Курскому // Полн. собр. соч. Т. 44. С. 398.

²⁹ Черепакин Б.Б. К вопросу о частном и публичном праве. Иркутск, 1920.

³³ Райхер В.К. Общественно-исторические типы страхования. М.: Л.: Изд-во АН СССР, 1947.

³⁴ Попондопуло В.Ф. О частном и публичном праве // Правоведение. 1994. №5-6.

³⁵ Неведов Д.В. Правовой статус коммерческого банка. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1994.

³⁶ Толстой Ю.К. Гражданское право и гражданское законодательство. 1998. №2. С. 128-149.

³⁷ Шершневич Г.Ф. Курс гражданского права. С. 62.

³⁸ Там же. С. 62.

³⁹ Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю.Шведовой. М.: Русский язык, 1984. С. 780.

⁴⁰ Кавелин К.Д. Указ. соч. С. 760.

⁴¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 20. С. 22.

О.А.Кузнецова
Пермский университет

НОРМЫ-ФИКЦИИ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

В Большой Советской Энциклопедии фикция определяется как «нечто несуществующее, мнимое, ложное». С.И.Ожегов трактует фикцию как «намренно созданное, измышленное положение, по-стороние, не соответствующее действительности и обычно используемое с какой-либо определенной целью»².

Юридическая фикция впервые вошла в оборот в римском праве, где она служила в качестве механизма преодоления его догматизма и формализма. В переводе с латинского *fictio* означает вымысел. Ни одна правовая система мира не была так богата фикциями, как римская. Однако римляне не оставили нам теории данной правовой категории. Научная разработка этого понятия начинается с середины XIX в. Большой вклад в ее исследование внесли дореволюционные русские цивилисты. Д.И.Мейер фикции называл вымыслами права: «вымышленное существование факта, о котором известно, что он вовсе не существует или существует в измененном виде»³. Г.Ф. Дормидонтов характеризовал фикцию как «прием, употребляемый в объективном праве и юриспруденции и состоящий в признании существующего несуществующим и обратно»⁴.

В советской правовой науке фикция рассматривалась как особый прием законодательной техники, которым «несуществующее по-

ложение (отношение) объявляется существующим и приобретает обязательный характер в силу закрепления его в правовой норме»⁵. При этом указывалось, что «... в советском социалистическом праве находят применение фикции, но только как технико-юридический прием»⁶. Однако в юридическом языке термин *фикция* используется не только в техническом смысле, но и как антипод закона. Сущность фикции — антипода закона заключается «в искажении содержания закона, выражающемся в отсутствии социальных связей между поведением субъекта и требованиями закона, между индивидуальными притязаниями субъекта и общественно необходимыми требованиями правовых норм»⁷. Следует отметить и тот факт, что в правосознании населения фикция ассоциируется с понятием, которое интерпретируется как антипод закона, т.е. если провозглашается что-то, не соответствующее действительности, то говорят, что это фикция. Так, «равенство сторон в советском уголовном процессе — самая настоящая фикция». Необходимо заметить, что в последнее время и в научных исследованиях, и в судебных решениях фикция используется именно в этом последнем значении. Например, говорят, что «... контроль за деятельностью судьи является фикцией», поскольку отсутствует возможность обжалования отдельных определений суда⁸, фикцией называют судебную защиту прав и свобод при отсутствии реально действующего механизма исполнения судебных решений⁹.

Конституционный суд РФ в одном из своих постановлений указал на то, что «... включение в общее число депутатов Государственной Думы вакантных депутатских мандатов, не замещенных путем свободных выборов, создает фикцию представительства народа»¹⁰.

Значение фикции как антипода закона состоит в том, что она выявляет противоречие или несоответствия между общественными отношениями и нормами права, которые их регулируют, свидетельствует о малоподвижности права. А ее отрицательная роль заключается в том, что она тормозит развитие общественных отношений.

Выявление двух значений юридической фикции дало возможность определить фикцию как «прием законодательной техники, состоящий в признании существующим несуществующего и обратно, а также свойство нормы права не соответствовать потребностям общества в процессе правотворческой или правоприменительной деятельности»¹¹. В данном определении сливаются характеристики фикции как приема законодательной техники и как антипода закона. Однако, на наш взгляд, эти два явления следует разграничивать.

В первом случае фикции всегда направлены на то, чтобы урегулировать какой-либо строго определенный круг общественных отно-

IV. ТРУДОВОЕ ПРАВО	174
<i>Нестерова Т.А., Кудрин С.М.</i> К вопросу об особенностях работодателя в трудовом договоре с государственным служащим	174
<i>Гонцов Н.И.</i> Предмет (содержание) коллективного трудового спора	178
<i>Нестерова Т.А.</i> К вопросу о специфике переводов в системе государственной службы	185
<i>Гребенкина Н.А.</i> Об отраслях права, регулирующих труд лиц по выборным государственным и муниципальным должностям	191
<i>Пашинев В.А.</i> Об ограничении аттестации работников от сходных правовых явлений	208
V. УГОЛОВНОЕ ПРАВО, ПРОЦЕСС, КРИМИНАЛИСТИКА	215
<i>Егоров В.С.</i> Основания освобождения от уголовной ответственности	215
<i>Кириллов В.В.</i> Проблемы толкования субъективных признаков состава убийства матерью новорожденного ребенка (ст. 106 УК РФ)	221
<i>Моисеев И.Я.</i> Новые проблемы судебной экспертизы	233
<i>Афанасьев П.Б., Демьяненко С.П.</i> Функционирование союзов в современной России (социальный и юридический аспекты)	242
VI. СОЦИАЛЬНАЯ РАБОТА	252
<i>Гасумова С.Е.</i> Правовые аспекты информатизации современного российского общества	252
<i>Тетерина Т.Д.</i> Комплексная программа системы реабилитации участников боевых действий, членов их семей, семей погибших – жителей Пермской области	273

Научное издание

ПРОБЛЕМЫ РАЗВИТИЯ РОССИЙСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Сборник статей

Редактор *Л.А.Богданова*
Технический редактор *Н.В.Петрова*
Компьютерный набор *Н.Ю.Шадрин, В.В.Шадрина*
Корректор *Л.А.Семицетова*

ИБ №457

Подписано в печать 25.11.2002. Формат 60x84/16.
Бум. офс. Печать офсетная. Усл.печ.л. 16,5.
Уч.-изд.л. 18,5. Тираж 200 экз. Заказ 382.

Редакционно-издательский отдел Пермского университета
614990, Пермь, ул. Букирева, 15

Типография Пермского университета
614990, Пермь, ул. Букирева, 15