

ЗАПАДНО-УРАЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ЭКОНОМИКИ И ПРАВА



ВУЗ
XXI ВЕК

НАУЧНО-ИНФОРМАЦИОННЫЙ ВЕСТНИК

Выпуск 6

Пермь
2003

Западно-Уральский институт экономики и права
Свидетельство о государственной аккредитации № 25-1070 от 19.07.2000

ВУЗ. XXI век: Науч.-информ. вестник. – Вып. 6 / Западно-Уральский институт экономики и права. – Пермь, 2003. – 91 с.

ISBN 5-89919-019-1

Вестник «ВУЗ. XXI век» является продолжающимся научно-информационным изданием Западно-Уральского института экономики и права. Посвящен вопросам прогнозирования и оптимизации развития экономических и правовых отношений, управления общественными процессами, современным проблемам гуманитарного знания, методологии и технологии высшего образования.

В настоящий выпуск включены статьи пермских ученых по проблемам гражданского права и другим аспектам юридических отношений в современной России, информация о жизни вуза.

Вестник адресован ученым вузов, практикующим юристам, студентам, всем интересующимся современными проблемами экономики, права и культуры.

Редакционная коллегия выпуска:

*А.В. Москалев, Е.А. Орачева,
Н.М. Сирина, В.Ю. Черных* (главный редактор),
Е.А. Четыркина

Адрес редакции: 614000, г. Пермь, ул. Сибирская, 35, к. 302
Контактный телефон: 12-76-86

ISBN 5-89919-019-1

© ВУЗ. XXI век, 2003

СОДЕРЖАНИЕ

НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

Москалев А. В., Голубцов В. Г.

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ГРАЖДАНСКОГО
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ..... 4

Кочев В. А., Суслова Т. М.

ОСНОВНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ В РАЗВИТИИ РУССКОГО
КОНКУРЕНТНОГО ПРОЦЕССА..... 44

Суслова Т. М.

ПЛАН ПОГАШЕНИЯ ДОЛГОВ В ПРОЦЕССЕ
БАНКРОТСТВА ГРАЖДАН..... 60

Кочев В. А., Суслова Т. М.

ВОПРОСЫ НАСЛЕДОВАНИЯ И НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ В
МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ..... 68

ВОПРОСЫ ОБРАЗОВАНИЯ И ВОСПИТАНИЯ

Воробьева З. Е.

ВУЗ И НИРС..... 86

НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

А.В. Москалев,

доктор юридических наук, профессор,

В.Г. Голубцов,

кандидат юридических наук, доцент

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ

Можно констатировать, что, в условиях практически непрекращающегося реформирования большинства отраслей законодательства Российской Федерации, гражданское законодательство выглядит своеобразным островком стабильности. Кодифицированный гражданский закон соответствует требованиям, предъявляемым рыночной экономикой к главному регулятору частных имущественных отношений. В то же время, очевидно, что при наличии отвечающего современным потребностям кодекса, гражданское законодательство в части специальных законов, принятых и принимаемых в развитие положений Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ), требует самой серьезной доработки и реформирования, а подчас и кардинального исправления. Задачи законодателя в этом направлении достаточно масштабны и серьезны.

Совершенно очевидно, что подобные преобразования не могут осуществляться без серьезных теоретических разработок, касающихся определения приоритетов и принципов такой законодательной работы.

Десятилетний опыт проведения в нашей стране радикальных экономических реформ заставляет задуматься над исходными теоретическими посылками и принципиальными позициями, в соответствии с которыми осуществлялись эти экономические преобразования.

Необходимо констатировать, что первый этап реформы, связанный со сломом административно-командной системы, отменной монополии государственной собственности и провозглашением принципов частного правового регулирования в качестве основных и преобладающих, позволил достигнуть главной цели — установления рыночных отношений.

Вместе с тем стало очевидно, что на начальном этапе преобразований был допущен грубый стратегический просчет, который привел к возникновению множества негативных явлений, отрицательный эффект от которых во многом нивелировал позитивные результаты реформ. Причина указанных явлений заключается в том, что не была на должном уровне проработана публично-правовая часть преобразований. Можно согласиться с мнением, что государственно-правовой план обеспечения социально-экономических преобразований вообще отсутствовал.

Коснулось это не только тех отраслей права, которые являются собой его публично-правовую составляющую — уголовного, административного и т.д., — но и сфер, традиционно относимых к частноправовому сектору, в частности, сферы регулирования имущественных отношений.

Почему стало возможным такое положение дел? Ответ очевиден: законодатель «забыл», что наряду с формированием в России частного права, размежеванием правовой системы на противоположные составляющие (публичную и частноправовую), необходимо было учитывать их неизбежное взаимопроникновение и взаимовлияние, установить принципы их взаимодействия.

Забвение этого очевидного факта привело к возникновению ряда громких и принципиальных юридических споров практической направленности, разрешение которых упирается в разрешение указанного, казалось бы, сугубо теоретического вопроса.

Непроработанность публично-правовой составляющей этой комплексной системы отношений приводит к тому, что в целом система, основу которой составляет частноправовое регулирование, оказывается во многом нежизнеспособной и неэффективной. Ярким примером этого могут служить результаты приватизации, положение государственных предприятий, падение промышленного производства и многое другое.

Необходимо констатировать, что на сегодня в теории права отсутствуют фундаментальные научные исследования по вышеуказанным вопросам, которые основывались бы на глубоком теоретическом подходе и признании необходимости сочетания публичных и частноправовых элементов в подобном регулировании.

В связи с этим необходимо уяснить принципы такого взаимодействия, что позволит установить приоритеты и задачи реформирования гражданского законодательства с учетом этого важнейшего теоретического положения.

Споры о существовании публичного и частного права, о целесообразности такого деления, а также о соотношении и взаимодействии этих частей права традиционно являются краеугольными в теории права.

«Распадение норм права на две группы, на право публичное и право гражданское, иначе частное, является ... характерным для современного юридического порядка», «... это деление является прочным достоянием юридической мысли, составляя непререкаемый базис научной и практической классификации правовых явлений»,¹ — так писали об этом явлении виднейшие дореволюционные цивилисты Г.Ф. Шершеневич и И.А. Покровский. Это выражение остается, несомненно, актуальным и для современного правового порядка России. «Нормальный правоприменитель должен основываться на существовании и различии частного правового и публично-правового регулирования. ... Конечно,

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

² Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 37.

развитие человеческой цивилизации ... привело к неизмеримому усложнению социальных процессов, появлению принципиально новых общественных феноменов, вызванных к жизни последствием технических и социальных, а затем научной и информационной революций. Все это видоизменило, но не отменило полностью основы правовой системы, покоящейся на различии гражданского (частного) и публичного права»³.

Споры цивилистов о необходимости и важности подобного деления права длились долгие годы. Разными, порой очень нетрадиционными, были точки зрения по этому вопросу.

Еще больше копий было сломано в попытках выявить и уяснить критерий разграничения двух указанных частей права. «Однако, несмотря на повседневность указанного деления, — писал Г.Ф. Шершеневич, — с научной стороны до сих пор остается не вполне выясненным, где находится межевая черта между гражданским и публичным правом, каковы отличительные признаки той сферы права, которая носит название частного права и составляет предмет особой науки. Это различие установившееся исторически и упорно поддерживаемое, скорее создается инстинктивно, чем основывается на точных признаках»⁴.

За многие годы оживленных споров по этому вопросу юридическая наука то находила, как казалось ученым, искомый истинный критерий разграничения и склонялась к одной из многочисленных точек зрения, то отвергала устоявшиеся, вроде бы, взгляды. В этих научных баталиях сформировались целые школы, каждая из которых отстаивала свои воззрения. Теории появлялись, умирали, вновь возникали, чуть видоизменившись. Ученые на страницах юридических и публицистических изданий вновь и вновь вступали в оживленную полемику по этому вопросу, который очень часто относили к категории «вечных». «Современному исследователю этого вопроса может показаться,

³ Гражданское право: Учебник. В 2 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1998. Т. 1. С. 2.

⁴ Г.Ф. Шершеневич. Учебник русского гражданского права (По изданию 1907 г.). М., 1995. С.9.

что чем далее, тем более этот вопрос запутывается и делается безнадежно неразрешимым», — так писал о попытках найти истинную демаркационную линию между публичным и частным правом И.А. Покровский⁵. Таким образом, хотя на протяжении многих лет указанный вопрос был в центре внимания юриспруденции, нельзя сказать, что правовая наука отличается единым взглядом на эту проблему. Вполне подходят к нашей сегодняшней ситуации слова Г.Ф. Шершеневича: «...нельзя сказать, чтобы был недостаток в попытках установить пограничную линию, но, к сожалению, попытки эти далеко не безупречны».⁶

Для того чтобы успешно разрешить эти вопросы, имеющие принципиальное значение, необходимо с особенной тщательностью проанализировать существовавшие в российской цивилистике воззрения по этому предмету, а также их генезис. И уже после того, взяв рациональные зерна из тех, которые, как представляется, наиболее соответствуют истинному положению дел, попытаться предложить трактовку указанной проблемы, отвечающую современным требованиям и степени развития науки.

Прежде чем перейти непосредственно к изложению и анализу наиболее интересных и ярких концепций по вопросу разграничения публичного и частного права, необходимо сделать одну важную оговорку, касающуюся терминологии, а именно: употребления терминов «гражданское» и «частное» право.

Термин «гражданское» или «частное» право известен с давних времен. Уже древние юристы оперируют указанными терминами, расчлняя всю обширную область права на две большие сферы: сферу права публичного (*ius publicum*) и сферу права частного или гражданского (*ius privatum, ius civile*).

Сам термин «гражданское право» представляет собой перевод римского *ius civile*. Этим правом обозначалось право, по которому жил каждый самостоятельный народ. Но еще дорево-

⁵ Покровский И.А. Указ. соч. С. 37.

⁶ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (По изданию 1907 г.). М., 1995. С. 9.

люционными юристами отмечалось, что соответствующие этим выражениям понятия не совпадают. Необходимо признать, что современное гражданское право уже римского *ius civile*, в котором содержалось и публичное право. В то же время в *ius civile* не включался обширный частноправовой материал, который сохранился в *ius gentium* и *ius praetorium* — права, общего для римских граждан и иностранцев, т.е. в этой части современное гражданское право шире римского *ius civile*. Помимо уже сказанного необходимо отметить совершенно справедливый факт, на который обращали внимание еще дореволюционные цивилисты, что со временем к традиционным институтам римского частного права прибавился целый ряд новых, неизвестных римскому частному праву: авторское право, патентное право, вексельные отношения, отношения по страхованию и целый ряд других.⁷

Что касается России, основу частного права в сегодняшней российской правовой системе составляет право гражданское, кроме того, в отечественном правовом порядке в общую систему частного права входят также семейное и международное частное право, традиционно признаваемые, впрочем, самостоятельными по отношению к гражданскому праву правовыми отраслями. Это обстоятельство составляет специфику российской правовой системы, поскольку в континентальном европейском праве они рассматриваются обычно в качестве составных частей (подотраслей) гражданского права.⁸

В силу того, что термин «гражданское право» использовался еще римскими юристами, в том числе как синоним «частного права», то в законодательстве и науке большинства стран, в том числе и в России, принято выражение «гражданское право», «гражданские законы», наряду с использованием термина «част-

⁷ Гримм Д.Д. Курс римского гражданского права. СПб., 1904. Т. 1. Вып. 1. С. 81; Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. 9-е изд., без изм. СПб., 1914. С. 172.

⁸ Гражданское право: Учебник: В 2-х т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1998. Т. 1. С. 10.

ное право», таким образом, термины «гражданское» и «частное» право возможно употреблять как синонимы, имея в виду следующие выше оговорки.

Переходя непосредственно к поставленному вопросу, необходимо отметить, что в дореволюционной России интерес к проблеме соотношения частного и публичного права появился лишь в XIX веке ввиду возрастающего внимания прогрессивной общественности к идеям конституционного строя.⁹ До этого периода российская наука практически не занималась исследованием указанного вопроса, так как в русском праве, ввиду его специфики, заметного удельного веса обычаев и общинного права, деление на частное и публичное не было выражено столь отчетливо, как в других государствах.¹⁰

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. Устанавливая пределы гражданского права с точки зрения материального момента, ученые-юристы принесли во внимание различные критерии.

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 quoad statum rei romane spectat privatum quod ad singulorum utilitatem*»¹¹), т.е. во главу угла ставилось различие охраняемых законом интересов. Этот критерий является наиболее старым и распространённым.

⁹ Покровский И.А. Указ. соч. С. 37.

¹⁰ Исаев И.А. История государства и права России. М., 1993. С. 9-12, 32-71, 94-109.

¹¹ Ульпиан. Дигесты 1,1,1,2.

В основе его лежит противоположение охраняемых законом частных и публичных интересов и основанное на этом различие норм, охраняющих отношения, содержание которых составляют эти интересы. Указанная точка зрения берет свое начало еще в трудах Ульпиана, Аристотеля. Аристотель, например, предлагал делить право на две группы, смотря по тому, кто терпит от его нарушения, целое ли или отдельный член целого.¹² Были сторонники этой «чисто классической» теории интереса и позднее, в числе таковых дореволюционные авторы называли Брунса, Нейнера, Лассона.¹³

Указанные воззрения имели многочисленных противников в лице достаточно известных цивилистов. Критиковали эту теорию в своих работах К.Д. Кавелин¹⁴, Н.М. Коркунов¹⁵ и многие другие. Возражения сводились главным образом к следующему. Во-первых, отрицалась сама возможность противопоставления общего блага и частного интереса. «Общее благо, – писали противники указанной теории, – разлагается на сумму частных интересов и это дает основания полагать, что общественные интересы охраняются правом настолько, насколько они в состоянии обеспечить благоденствие частных лиц и наоборот, частный интерес, не отвечающий видам общества, никогда не удостоится общественной (юридической) охраны». Вторым крупным возражением было то, что противоположение частного и общественного интереса не совпадает с установившимся делением права, чему приводилась масса примеров.

¹² Rhetorica. Кн.1 Гл. XIII.

¹³ См., например: 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, 1901. С. 54.

¹⁴ Кавелин К.Д. Что есть гражданское право и где его пределы // Полное собрание сочинений Этнографа и правоведения. С примечаниями проф. Д.А. Корсакова. СПб., 1900. Т. 4. С. 762-861.

¹⁵ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. 9-е изд., без изм. СПб., 1914. С. 165-183.

Неудовлетворительность римской теории и классификации и, главным образом, неопределенность ее, вызвали целый ряд попыток исправить ее или дать более четкую формулировку, уточнив понятие «интереса», либо вообще указав в качестве истинного иной критерий. При этом все указанные взгляды сохраняли «материальное ядро», т.е. в качестве критерия разграничения выбирались различные понятия частного и общественного интереса, облеченная в иную форму.

Несмотря на все попытки «уточнить» и модернизировать «теорию интересов» она все равно подвергалась сильной критике в литературе по тем же основаниям, что использовались провозглашая теория Ульпиана. Это обстоятельство подвинуло некоторых ученых на поиск в рамках материальной теории иных критериев для разграничения публичного и частного права.

В связи с этим необходимо упомянуть имя Д.И. Мейера. Этот виднейший ученый своего времени усматривал искомым критерий в различии экономических, имущественных интересов и интересов, не имеющих экономического значения. Д.И. Мейер писал: «Права существуют для человека, и его природа лежит в основании прав. Природе человека присущи различные потребности и стремление к их удовлетворению. Существуют также вещи, способные удовлетворять потребностям человека». Как подчеркнул Д.И. Мейер, «...отношение человека к миру вещей именно таково, что он стремится употреблять вещи для удовлетворения своих потребностей. С этим-то стремлением и волей человека только и имеет дело гражданское право...»¹⁶

Особое видение этого вопроса высказал К.Д. Кавелин. Этот автор также видел в качестве критерия для выделения различные имущественных и неимущественных прав. «Вещественная ценность служит самым верным, безошибочным и наглядным показателем гражданских прав и юридических отношений

¹⁶ Мейер Д.И. Русское гражданское право: В 2 ч. По исправ. и доп. 8-ому изд. 1902 г. М., 1997. Ч. 1. С. 31-33.

ний». ¹⁷ Особенностью теории К.Д. Кавелина было то, что он не просто выдвигал критерий имущественного характера права в качестве истинного для отнесения тех или иных прав к категории гражданских, он предлагал отказаться от существующего деления права на публичное и частное, отказаться от противопоставления публичного и частного. «Мы думаем и твердо уверены, что сопоставление и противоположение публичного и частного, государственного и частного не может и не должно служить основанием для разграничения прав и юридических отношений публичных от гражданских. ... Таким образом, с мыслью, что в гражданском праве есть одни только приватные права мы должны полностью расстаться». ¹⁸ В соответствии с его теорией гражданское право необходимо было наполнить совершенно новым содержанием. «Теперьшее гражданское право с его непонятным названием, – писал К.Д. Кавелин, – есть ветхое здание, построенное из разнопестрого материала, по ошибочному плану. Эту старую хранину следует разобрать сверху до низу, хорошенько перебрать материал, и воздвигнуть вновь на правительных теоретических основаниях. Коренная ее перестройка есть единственный способ освободить юридическую теорию и практику от бесчисленных путаниц...». В качестве параметра, критерия такой перестройки К.Д. Кавелиным был выдвинут упомянутый признак материальности отношений. «Право или юридическое отношение принадлежит или не принадлежит к гражданскому праву в его новом виде, смотря по тому, имеет ли оно своим предметом физическую вещь, услугу, вообще, что бы то ни было, представляющее материальную ценность или не имеет; из этого общего правила нет исключений...» ¹⁹ Таким образом, К.Д. Кавелин предлагал совершить поистине «революционный» передел в сложившейся системе права. В соответствии с его взглядами реформа должна состоять в исключении из

¹⁷ Кавелин К.Д. Указ. соч. С. 751.

¹⁸ Там же. С. 847.

¹⁹ Кавелин К.Д. Указ. соч. С. 851.

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. Отрицая возможность провести разграничительную черту между публичным и частным правом, К.Д. Кавелин хотел независимо от этого признака создать «новое гражданское право», которое объединяло бы весь современный имущественный состав гражданского права, а также учение о податях, налогах, пошлинах, акцизах, всевозможных сборах, повинностях, денежных взысканиях и т.д. Крайний взгляд К.Д. Кавелина не имел поддержки со стороны юридической общности того времени, напротив, вызвал основательные возражения со стороны многих цивилистов, в частности, профессора Московского университета С.А. Муромцева. Предложенная К.Д. Кавелиным конструкция, по мнению профессора Муромцева, страдала существенными недостатками: в первую очередь, к таковым относились отсутствие объединяющего начала в отношениях, которые должны составить содержание особой науки, кроме того, предложенная теория имела массу практических неудобств для изложения, т.к. неизбежно приводила к искусственному разделению того, что естественным образом связано между собой, а также не давала никакой положительной характеристики публичного права. Кроме того, как писал С.А. Муромцев, понятие «материальной ценности», которое К.Д. Кавелин предлагал в качестве критерия разграничения, не есть признак юридический, а только экономический.²⁰

Несмотря на признанные в литературе недостатки, теория интереса, долгое время была наиболее распространенной. «Действительно, протиположение мира частных, семейных интересов общественным интересам представляется каждому настоль-

²⁰ См. об этом: Муромцев С.А. Очерки общей теории гражданского права. Ч. 1. Введение. М., 1877; Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. М., 1879.

ко естественным, что им пользуются как основанием для различия между частным и публичным правом».²¹

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

Приверженцы первого из направлений старались найти критерий разграничения публичного и частного права в различном положении субъектов юридического отношения, в том, принадлежат ли данные права человеку как обособленной личности или как члену организованного общественного союза. Указанная теория сформировалась под влиянием школы естественного права, сторонники которой утверждали, что права, которые естественным образом появились до образования государства (общества), являются частными. Естественное право продолжает действовать и в государстве, пополняется определенными постановами, касающимися функционирования государства, этот «новый придаток» и есть публичное право. При этом, по мнению сторонников указанных воззрений, «все публичное право устанавливается лишь ради большего упрочения господства частного права». Указанная теория нашла себе авторитетного приверженца в лице Пухты, который усовершенствовал и развил ее. Пухта различал права, смотря по тому, имеет ли их лицо как отдельный человек или как член органического единства и отстаивал деление права на частное, публичное и церковное. Эту концепцию критиковал Н.М. Коркунов, который усматривал основной недостаток указанной теории в том, что ее сторонники исходили из возможности существования прав до появления го-

²¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (По изданию 1907 г.). М., 1995. С. 11.

сударства, в то же время необходимо признать, что лишь государство обладает необходимой (публичной) властью для обеспечения принудительного соблюдения прав, и что только в обществе и мыслимо существование права. Другой важный недостаток этой теории заключался в том, что если признать в соответствии с этой формальной позицией тот факт, что к публичному праву относятся отношения между членами всякого союза вообще, то необходимо было бы сделать вывод об отнесении к категории публичных отношений между членами всякого союза (семьи, или акционерной компании, например), что неверно по сути, и не соответствует сложившемуся разделению права. С некоторыми модификациями эту теорию поддерживали Гирке, Еллинек.²² Однако необходимо заметить, что это ответвление формальной теории не имело широкого распространения, и ряд видных дореволюционных авторов, 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, как распределяется инициатива защиты права от нарушений, другими словами, обращали внимание не на то, что охраняется, а на то, как охраняется. Суть указанных взглядов сводилась к различию способов охраны от правонарушений, к тому, охраняется ли нарушенное право по инициативе самого потерпевшего или по инициативе общественной власти.

Основоположником этой теории был германский ученый Тон. В соответствии с его взглядами, если нарушение прав влечет за собой установление для субъекта нарушенного права притязания на возмещение причиненного ему ущерба — это частное право, если же, напротив, нарушение права влечет за собой только принятие известных мер со стороны и по инициативе

²² См. об этом: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. 9-е изд., без изм. СПб., 1909. С. 175-178.

общественной власти — это право публичное.²³ Теория Тона имела множество сторонников в лице авторитетных дореволюционных цивилистов. Достаточно назвать такие имена, как С.А. Муромцев²⁴, Ю.С. Гамбаров²⁵, Н. Дювернуа²⁶.

Вышеуказанный подход имел определенные достоинства. Г.Ф. Шершеневич так говорил об этой распространенной в свое время теории: «В пользу этой теории говорит то, а) что она построена на чисто юридическом начале, т.е. на различии юридических средств, которыми охраняются жизненные интересы, б) что она находится в полном соответствии с формальным понятием о праве, единственно верным, в) что она способна была бы дать, безусловно, точный отличительный признак».²⁷

Но формальная теория в то же время страдала, по мнению многих авторов, настолько существенными недостатками, что не могла быть принята. Теория предполагала, 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 содержит, 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 так же не вписывалось в указанную теорию. 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 инициа-

²³ См. об этом: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. 9-е изд., без изм. СПб., 1909. С. 179.

²⁴ Муромцев С.А. Римское гражданское право: Курс лекций. СПб., 1877-1878. С. 26-27.

²⁵ Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Часть общая. СПб., 1911. Т. 1. С. 52-54.

²⁶ Дювернуа Н. Конспект лекций, читанных по гражданскому праву в 1886-1887 академическом году. СПб., 1898. С. 28.

²⁷ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (По изданию 1907 г.). М., 1995. С. 10.

тивы не соответствует сложившемуся в действительности различию между публичным и гражданским правом (например, диффамация, клевета). «Слабая сторона формальной теории, — писал Г.Ф. Шершеневич, — заключается в том, что она не удовлетворяет требованиям догматики, хотя и претендует на исключительно догматическое значение».²⁸

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 разграничивать их все на материальные и формальные, принадлежит в числе формальных. Фактически же в своей работе И.А. Покровский предложил критерий, который впоследствии получил широкое распространение: Разграничение публичного и частного права, по мнению И.А. Покровского, следовало проводить в зависимости от того, какими способами или приемами осуществляется это регулирование. «В одних областях, — писал ученый, — отношения регулируются исключительно велениями, исходящими из одного единственного центра, каковым является государственная власть. ... Все здесь подчинено одной руководящей воле, одному командующему центру: все здесь централизовано. Вот этот-то прием юридической централизации и составляет основную сущность публичного права. ... В гражданском праве государственная власть воздерживается от непосредственного и властного регулирования отношений, ... а предоставляет такое регулирование множеству иных маленьких центров, ... субъектов прав. Все эти маленькие центры предполагаются носителями собственной воли и инициативы. ... Если публичное право есть система субординации, то гражданское право есть система координации».²⁹ Заслуга И.А. Покровского состоит в том, что он не просто предложил указанный критерий для разграничения публичного и ча-

²⁸ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (По изданию 1907 г.). М., 1995. С. 11.

²⁹ Покровский И.А. Указ. соч. С. 39-40.

стного права, (метод правового в качестве такого критерия предлагался и раньше, но смысл, который вкладывали в это понятие, был совершенно иным³⁰) но и подробнейшим образом обосновал подобный выбор.

Резюмируя все сказанное по поводу попыток решения «вечного вопроса» о соотношении публичного и частного права в дореволюционной литературе, необходимо сделать вывод о том, что практически всеми авторами выделялось два основных направления: так называемые «материальная» и «формальная» школы; и при этом ни одна из сформулированных теорий не получила безусловного признания в литературе.

Советская правовая система не восприняла деления права на публичное и частное. В те времена господствовала известная ленинская установка: «Мы ничего частного не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично правовое, а не частное».³¹ Ленин при разработке нового гражданского законодательства предписывал расширить применение государственного вмешательства в «частноправовые отношения», расширить право государства отменять «частные» договоры. При этом в своих работах он категорически требовал к новым гражданским правоотношениям применять «... не *согрус jugis homini*..., а наше революционное правосознание».³² 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 великих советских ученых-правоведов, представляющих цивилистическую школу. В 20-е годы появляются фундаментальные очерки М.М. Агаркова о ценности частного права и Б.Б. Черепахина о публичном и частном праве. Благодаря усили-

³⁰ См., например: Пахман С.В. Указ. соч. С. 7.

³¹ Ленин В.И. О задачах Наркомюста в условиях новой экономической политики. Письмо Д.И. Курскому // Полн. собр. соч. Т. 44. С. 398.

³² Ленин В.И. Указ. соч. С. 398.

ям советских цивилистов 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 ответственности частного права, которая была сохранена в трудах советских цивилистов, становление системы частного права стало возможным в столь короткое время в новой России.

Не обошли цивилисты советского периода и проблему соотношения публичного и частного права, а также вопрос о критерии разграничения указанных отраслей. Обращает на себя внимание статья М.М. Агаркова «Ценность частного права», которая впервые увидела свет в 1920 году, в «Сборнике трудов профессоров и преподавателей Государственного Иркутского университета». Автор не разделял превалирующей, официальной в то время точки зрения, в соответствии с которой от деления права на частное и публичное следовало бы отказаться. «Традиционное распределение материала между публичным и частным правом не является лишенным принципиальных оснований результатом исторической случайности, — писал М.М. Агарков. — Оно, действительно, в общем, соответствует двум видам права, теоретически различным по своему характеру. Историческая случайность объясняет только те отклонения от правильной границы, которые имеются в традиционных взглядах». В качестве же истинного критерия для разграничения публичного и частного права М.М. Агарков предлагал понятия социально-служебного и лично-свободного права — критерия, ранее не предлагавшегося ни одним из цивилистов. Различие между публичными и частными правами он видел в том, что «публичные права связаны в своем осуществлении, тогда как частные в этом отношении свободны». Гражданское право, по мнению ученого, является правом лично-свободным, и в его границах субъект может осуществлять его в любом направлении. Частноправовая мотивация ставит только известный предел

действию других моментов (эгоистических, альтруистических и т.д.) не вытесняя и не заменяя их собой. Наоборот, публично-правовая мотивация сама указывает направление, в котором должно осуществляться право, и исключает действие других мотивов.³³ Можно по-разному относиться к истинности того критерия, который М.М. Агарков выбрал для разграничения права, — не в этом состоит главная ценность его работы. Гораздо важнее тот факт, что в юридической литературе начального советского периода отчетливо прозвучал голос в защиту идеи частного права.

Последующее развитие юридической мысли в России практически не касалось вопроса о дуализме права в смысле разграничения его на частное и публичное. Вопрос на то время утратил актуальность, так как фактически советская правовая система не имела деления на частное и публичное права. 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 попытки обобщать противопоставление, пусть даже в праве, общественного и частного, провозгласить дуализм права в условиях жестко авторитарной системы не могли принести позитивных результатов, да и утратили на том этапе практическую значимость.

Тем не менее, ученые 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. Касался этого в своих работах, например, В.В. Черепяхин.³⁴ В советское время получил распространение тезис о многомерности или полимерности системы права, о том, что в системе права существуют не только первичные, но также

³³ Агарков М.М. Ценность частного права // Правоведение. 1992. № 1. С. 25-41.

³⁴ Черепяхин В.В. К вопросу о частном и публичном праве. Иркутск, 1920.

вторичные, третичные и прочие правовые образования. Указанное положение было выдвинуто в монографии В.К. Райхера «Общественно-исторические типы страхования».³⁵ В дополнение к указанному положению впоследствии выдвигается еще одно, а именно, что всем отраслям права, кроме разве суперотраслей – публичного и частного, присущ элемент комплексности, и дело лишь в мере этой комплексности. В меньшей мере она присуща, скажем, административному праву, в большей степени таким правовым образованиям, как коммерческое, транспортное, банковское, страховое и многим другим отраслям права. Это положение в своих работах отстаивает целая группа ученых, в частности, В.Ф. Попондопуло³⁶ и Д.В. Нефедов³⁷, и оно представляется не лишним рациональных зерен.

Характеризуя степень разработанности проблемы разграничения публичного и частного права в современной России, необходимо констатировать, что теоретические разработки последних лет имеют по этому вопросу своеобразное «белое пятно». Юридическая наука и в первую очередь цивилистика несправедливо обходит вниманием данный вопрос, а существующие взгляды либо весьма спорны, либо недостаточно разработаны. Между тем необходимость в формулировании критериев размежевания права в Российской Федерации на публичное и частное, установления принципов взаимодействия требует соответствующей теоретической базы и разработок. Практика диктует ясно выраженную потребность в определении общетеоретического критерия, который позволит отнести те или иные отношения к сфере частного или публичного права, следуя сущности этих отношений, а не произволу государственной власти.

³⁵ Райхер В.К. Общественно-исторические типы страхования. М.-Л.: Изд-во АН СССР, 1947.

³⁶ Попондопуло, В.Ф. О частном и публичном праве // Правоведение. 1994. № 5-6.

³⁷ Нефедов Д.В. Правовой статус коммерческого банка: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1994.

Этот вопрос становится принципиально важным, особенно в условиях нашего государства, которое еще не имеет сложившейся системы частного права. Неверная постановка вопроса и решение его уже сегодня приводят к сугубо формальному подходу и высказываниям следующего характера: «Граница между публичным и частным правом определяется волей государства, избирающего для регулирования отношений один из двух известных методов...».³⁸ При этом ни слова не говорится о критерии, в соответствии с которым государство должно и может выбирать тот или иной метод для регулирования тех или иных отношений, что очень опасно для целостности, да и самого существования частного права в России, где известно стремление государства к установлению авторитарных, публично-правовых воззрений во всех сферах жизни.

Вопрос о разграничении частного и публичного права ставится сегодня и в иных ракурсах. Одна из тем, о важности которой заявлено, но серьезных, фундаментальных исследований пока не предпринято – это как раз вопрос о взаимодействии гражданского и частного права, о наличии публичных элементов в гражданском праве России – обстоятельство, которое может оказать решающее влияние на процессы развития гражданского законодательства.

Для того чтобы четко определить приоритеты законодательной работы необходимо разрешить вопрос о разграничении публичного и частного права, предложив современный вариант подобного разграничения. Необходимо признать, что существовавшие ранее теории требуют значительной актуализации применительно к условиям сегодняшней правовой системы России.

Краеугольным по-прежнему является вопрос о необходимости разграничения публичного и частного права и критерии такого разграничения. В литературе при определении пределов и границ гражданского права в подавляющем большинстве случа-

³⁸ Ефимова Л.Г. Указ. соч. С. 8.

ев отсутствует указание на то, что имеется в виду при отграничении гражданского права от публичного, какая цель стоит перед исследователем: теоретическая – определить, какая часть общественных отношений должна составлять 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 норм публичного и частного права и, исходя из этого, решать вопросы правоприменения. Распространено также положение дел, при котором исследователи ограничиваются исключительно нормативным определением гражданского права, причем в самом сжатом виде. Представляется, что подобный подход при решении данного важнейшего теоретического вопроса недопустим.

Правильной постановке вопроса уделял особое внимание еще Г.Ф. Шершеневич: «Несогласие вызывается нередко неправильной постановкой вопроса: в то время как одни имеют в виду выяснить существующее явление, другие пытаются оправдать его с точки зрения целесообразности, а иные ставят себе задачей установить теоретически желаемое направление границы».³⁹

Итак, основным критерием, который должен быть положен в основу доктринального определения частного права и на котором зиждется различие между частным и публичным правом, следует признать различие охраняемых законом интересов, то есть то, какой интерес лежит в основе конкретного правоотношения – частный или публичный.

Эту теорию смело можно назвать «достоянием цивилистической» мысли. Возникнув на заре появления гражданского права, эти воззрения прошли долгий путь, включающий периоды безусловного признания, а также отказа от них и забвения. Эти взгляды не раз на протяжении своего существования подвергались критике из уст очень авторитетных ученых. Порой

³⁹ Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Введение. Казань, 1901. Т. 1. Вып. 1. С. 50.

казалось, что век их сочтен, и взгляды эти должны быть отправлены на книжную полку и представлять впредь интерес лишь для ученого, занимающегося историей права. Очень часто на протяжении своего существования «теория интереса» переживала значительные модификации, которые маскировали или изменяли ее, порой до неузнаваемости. Но, тем не менее, после периодов отказа от нее древняя теория Ульпиана вновь выходила на первый план при разрешении вопросов о публичном и частном праве. Сегодня, когда перед российским правом вновь со всей актуальностью стоит «вечный» вопрос о критерии, позволяющем отделить гражданское (частное) право от публичного, необходимо со всей ответственностью подойти к его разрешению.

Именно этот критерий, критерий интереса, является той разграничительной линией, которая позволяет различать права частные и публичные. Иными словами, если в конкретном правоотношении присутствует частный интерес, то наличие частного правоотношения и частное право, если же, напротив, в результате реализации конкретного субъективного права преследуется интерес публичный, то мы имеем дело с правом публичным.

Право в объективном смысле «всегда имеет в виду общественное благо и с этой точки зрения права те, которые отвергаются возможности различия между гражданским и публичным правом, основанным на охраняемых нормами интересами устанавливает ли законодатель порядок перехода собственности на землю, или порядок вексельного регресса или организацию министерства, или способ взимания акциза, или меры, предупреждающие бегство преступника – везде оно руководствуется общественным интересом».⁴⁰ Таким образом, необходимо вслед за Г.Ф. Шершеневичем признать, что «различие между публичным и гражданским правом может быть построено с точки зрения материального момента только на различии отношений, но не норм».⁴¹

⁴⁰ Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Введение. Казань, 1901. Т. 1. Вып. 1. С. 62.

⁴¹ Там же.

Итак, в основу деления права на частное и публичное должно быть положено разграничение интереса, присутствующего в правоотношении, на публичный и частный. «С этой стороны противоположение личности и общества, частной жизни и общественной деятельности, частных и общественных интересов, положения частного лица и представителя власти сознается более или менее всеми и каждым»⁴². В соответствии со взглядами Г.Ф. Шершеневича, это такой круг личных и имущественных отношений, который теснейшим образом окружает отдельное лицо в его повседневной жизни, которые наиболее близки конкретному лицу. «Эти отношения относятся ... ко всему тому, что определяется словом «мое»⁴³. С точки же зрения государства, указанные отношения, очерченные вокруг отдельных лиц и замкнутые для посторонних, не представляют общественного интереса, который имеет целью не то, что происходит внутри каждого из таких кругов личных отношений, а возможностью установления наилучших условий совместного их существования и деятельности»⁴⁴.

К этим положениям, высказанным Г.Ф. Шершеневичем, в настоящее время необходимы дополнения и пояснения. Необходимо уяснить, что представляет собой частный интерес с позиции 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.

Определяя частный интерес и ограничивая его от публичного, мы оперируем родовым понятием «интерес». Категория интереса имеет большое значение для целого ряда общественных наук: философии, социологии, экономики, а также

⁴² Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Введение. Казань, 1901. Т. 1. Вып. 1. С. 63.

⁴³ Там же.

⁴⁴ См. об этом: Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Введение. Казань, 1901. Т. 1. Вып. 1. С. 50-65.

юриспруденции. Это является неоспоримым доказательством того, что данная категория носит характер общенаучной. В то же время необходимо отметить, что интерес становился объектом пристального исследования в частных науках, в том числе в юриспруденции. Значительное внимание интересу уделяли в своих работах представители науки уголовного процесса (В.И. Каминская, И.А. Либуз, Я.О. Мотовиловкер, М.С. Строгович, А.Л. Цыпкин, и др.) и гражданского процесса (Р.Е. Гукасян, А.А. Мельников, Д.М. Чечот, К.С. Юдельсон и др.). Исследовалось это понятие и в цивилистике,⁴⁵ как в дореволюционный период⁴⁶, так и в советские времена⁴⁷. Проблемы категории интереса рассматривались в различных аспектах: подвергалось анализу понятие интереса в гражданском праве, интереса в качестве мотива волевого поведения, интереса как юридического факта, интереса в праве на иск, обсуждались проблемы выражения интересов в правовом регулировании, особое внимание уделяется проблемам соотношения интереса и субъективного права и т.д. Не утихает научный интерес к этим проблемам и сегодня⁴⁷.

⁴⁵

См., например: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М., 1912. С. 293; Рождественский А.А. Основы общей теории права. М., 1912. С. 128-130; Евецкий А. Критерий общественного интереса в гражданском праве. Харьков, 1881.

⁴⁶

См., например: Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. М., 1950. С. 20-21; Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. М.-Л.: Изд-во АН СССР, 1948. С. 38 и сл.; Грибанов В.П. Интерес в гражданском праве // Советское государство и право. 1967. № 1 С. 49-56; Толстой Ю.К. К теории правоотношения. Л., 1959. С. 44-45.

⁴⁷

См., например: Потяркин Д.Е. Интерес в страховании // Государство и право. 1998. № 4. С. 89-93; Васильева М.И. Проблемы защиты общественного интереса в экологическом праве // Государство и право. 1999. № 8. С. 49-62; Михайлов С.В. Интерес как общенаучная категория и ее отражение в науке гражданского права // Государство и право. 1999. № 7. С. 82-92; Малько А.В. Проблемы законных интересов // Проблемы теории государства и права: Учеб. пособие. М., 1999. С. 340-355.

Оперируя понятиями «частный интерес» и «публичный интерес», необходимо указать, какого понимания категории «интерес» следует придерживаться. Представляется, что следует согласиться с точкой зрения В.П. Грибанова, который трактовал ее как «известное сочетание субъективного и объективного моментов»⁴⁸, заслуживают поддержки и аргументы, которые В.П. Грибанов выдвигал против тех, кто считал интерес чисто субъективным и, напротив, чисто объективным явлением⁴⁹. Таким образом, интерес можно определить как *потребность (сознательное побуждение), выражающееся в стремлении определенного субъекта воспользоваться конкретным социальным благом.*

Переходя к определению понятия частный интерес, обратимся сначала к «Словарю русского языка» С.И. Ожегова, где дается следующее толкование слова «частный»: «Частный: ... 2) личный, не общественный, не государственный. ... 3) принадлежащий отдельному лицу, не обществу, не государству. ... 4) относящийся к личному индивидуальному владению, деятельности, хозяйству и вытекающим отсюда отношениям».⁵⁰

Сходные воззрения в толковании указанного термина высказывали и дореволюционные цивилисты. Так писал об этом К.Д. Кавелин: «Частное, партикулярное приватное, в противоположность публичному может выражать значение, роль, влияние юридического отношения. ... частным юридическим отношением будет то, которого роль и влияние ограничивается лишь личными, принимающими в нем непосредственное участие ... публичными, напротив, должны быть признаны те юридические отношения, которые по своему значению, влиянию в обществе выходят более или менее за пределы частного интереса».⁵¹

⁴⁸ Грибанов В.П. Указ. соч. С. 51.

⁴⁹ Там же С. 49-53.

⁵⁰ Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю. Шведовой. М., 1984. С. 780.

⁵¹ Кавелин К.Д. Указ. соч. С. 760.

Эти положения можно взять за основу при определении частного интереса, а, следовательно, и частного права, однако с некоторыми уточнениями. Дело в том, что субъектами гражданского права, наряду с государством, являются не только физические лица, но также лица юридические, 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 единственного лица. Думается, что данная проблема может быть разрешена путем противопоставления частного интереса государственному.

Государство представляет собой единственный субъект суверена, который олицетворяет собой политическую власть, способную воспользоваться принудительной силой на законном основании⁵². Количество же частных субъектов весьма значительно и разнородно, поэтому пытаться дать определение частного интереса, который преследует все это множество субъектов, через перечисление признаков искомого представляется невозможным. В данном случае можно и необходимо воспользоваться так называемым соотносительным определением (или определением через противоположность), которое как раз и применяется в большинстве случаев для определения универсальных понятий⁵³, и определить указанное понятие через противопоставление этого интереса интересу государственному (публичному). Итак, отношение, которое непосредственно не преследует интересов государства, которое выступает в данном

⁵² См. об этом, например: Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М., 1997. С. 43-52; Венгеров А.В. Теория государства и права: Учебник для вузов. М., 1998. С. 85-97.

⁵³ См. об этом: Иванов Е.А. Логика: Учебник. М., 1996. С. 86.

случае в качестве суверена (носителя политической власти, субъекта законного принуждения), является частным. Таким образом, те отношения, где *непосредственно отсутствует интерес государства как субъекта суверенной публичной власти*, и есть отношения, преследующие частный интерес, т.е. частно-правовые отношения.

К данному положению необходимы дополнительные пояснения. Часто противники материальной теории выставляют против указанных взглядов возражения следующего порядка: противопоставление общественного и частного интереса невозможно, так как невозможно определить, какой интерес в большей мере преследуется в данном правоотношении или норма права, так как 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.

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 нем какого-либо интереса имеют значение лишь применительно к данному конкретному случаю и к данному правоотношению. 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 взаи-

модействий материального мира⁵⁴, в этом 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, можно обнаружить, что он состоит для одной из сторон в своевременной передаче поставке продукции, а для другой – в своевременной и полной оплате. Никаких иных – публичных (связанных с государством как субъектом суверенной политической власти) интересов *непосредственно* 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 на неудачи армии из-за нарушений им условий поставки и усматривать, таким образом, в настоящем правоотношении публичный элемент неуместно. Публичный элемент возникает в процессе осуществления государством функций по обеспечению армии всем необходимым. То, каким образом, посредством совершения каких действий оно это делает, не имеет значения для данного публично-правового отношения и ни в коей мере не делает отношения по обеспечению армии частноправовыми. И, наоборот, то, с какой целью заключается договор поставки, никак не влияет на тот *исключительно частный интерес*, который преследуют контрагенты по договору поставки (один из которых в данном случае – государство, выступающее в качестве субъекта гражданского права), и, следовательно, не может менять существа правоотношения.

⁵⁴ См. об этом, например: Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 20. С. 22; Орлов В.В. Основы философии. Ч. 1. Общая философия: Учеб. пособие / Перм. ун-т. Пермь, 1997. Вып. 2. С. 96-99.

Еще одно возражение противников теории интереса заключалось в утверждении, что фактически каждый частный интерес — часть общего, а общественный (государственный) интерес есть совокупность интересов частных, поэтому, если мы говорим о частном интересе, то мы в любом случае имеем дело с составляющей частью интереса общего, поэтому всякий частный интерес есть интерес общественный, вследствие чего их фактически невозможно разграничить. Необходимо отметить, что общее не есть совокупность частей, его составляют, философия науки 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 состоит⁵⁵. Поэтому ни в коей мере нельзя признать справедливым утверждение, что, говоря о частном интересе, мы говорим о части общего интереса, а значит, и об общем интересе в целом. Необходимо признать, что общий интерес как совокупность частных обладает особыми признаками, таким образом, частный и общий интерес содержат в себе принципиальные отличия. Говоря о соотношении понятий «государственный» и «общественный» интерес, применительно к рассматриваемой проблеме, хотелось бы отметить, что понятия «государственный» и «общественный» интерес при противопоставлении их «частному» интересу использовались нами как синонимы.

Таким образом, краеугольным теоретическим критерием, который позволяет отграничить частное право от права публичного и дать определение частному праву, является наличие в конкретном правоотношении *непосредственно возникающего частного интереса, который можно определить как интерес, где отсутствует интерес государства как субъекта суверенной политической власти*. Определение и уяснение этого критерия явля-

⁵⁵ См., например: Орлов В.В. Указ. соч. С. 84-87.

ется тем основным моментом, который позволяет разграничивать сферы частного и публичного регулирования и определять, какая совокупность отношений должна составлять предмет той или иной отрасли, и то, какие методы правового регулирования необходимо в данном конкретном случае применить.

Частный интерес, как основной признак гражданского правоотношения, оказывает определяющее влияние на формирование принципов гражданско-правового регулирования. Перечень основных начал гражданского законодательства, закрепленный в ст.1 ГК РФ, наглядно демонстрирует, что именно частный интерес и является той первопричиной, которая позволяет отличать публичное право от частного. Как известно, к общим началам частного права (проявлениям частного интереса) традиционно относятся: принцип неприкосновенности собственности, принцип равенства правового режима для всех субъектов гражданского права, принцип недопустимости произвольного вмешательства в частные дела, принцип свободы договора, принцип свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств на всей территории РФ. Таким образом, можно сказать, что наличие в правоотношении частного интереса влечет за собой правовое регулирование, основанное на перечисленных принципах, и, наоборот, если в конкретном правоотношении реализуется один из указанных принципов, то смело можно говорить, о том, что мы имеем дело с очевидным «симптомом» частнопровового отношения.

Проблемы, связанные с публичным и частным правом, разрешением вопросов и необходимости их размежевания и критерии различия между ними, далеко не исчерпываются. Не менее важным, особенно сегодня, становится вопрос о взаимоотношении и взаимодействии публичного и частного права при регулировании имущественных отношений. Разрешение этого вопроса как раз и необходимо для установления современных задач законодателя в части совершенствования гражданского законодательства.

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 должно приводить к противопоставлению их. 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 не будет никакого противовеса тому.

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.⁵⁶

Очевидно, что «личное начало» в обществе не стоит противопоставлять его общественным интересам. Частный интерес как индивидуальный, так и коллективный требует не только зашиты 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

⁵⁶ См. об этом: Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Казань, 1901. Т. 1. С. 77.

публичного и частного права.⁵⁷ Необходимо 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».⁵⁸ 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 (публичным и частным правом – Авт.) не может быть иным как условным и делаемым исключительно в учебных и практических целях, рассчитанных на то, чтобы достигнуть возможной обобщимости огромного материала, представляемого совокупностью права и подчиненного в своем целом единой закономерности».⁵⁹ 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».⁶⁰ Система как философское понятие – это некое целостное явление, состоящее из отдельных частей (элементов), взаимосвязанных и взаимодействующих между собой, т.е. представляет собой органически целое явление. Таким образом, частное и публичное право, являясь частями единого целого – системы права, с необходимостью развиваются по одинаковому закону развития системы права в целом. «Было бы неправильно представлять со-

⁵⁷ Тихомиров Ю.А. Публичное право: падения и взлеты // Государство и право. 1996. № 1. С. 3-4.

⁵⁸ Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 81.

⁵⁹ Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 79.

⁶⁰ Хропанюк В.Н. Указ. соч. С. 290.

временный процесс становления частного права как борьбу, конкуренцию с публичным правом».⁶¹

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 внутренне-го единства и могут произвольно изменяться государством.

Во-вторых, граница между публичным и частным правом на протяжении истории периодически менялась и сдвигалась. На этот факт обращали внимание еще дореволюционные цивилисты, отмечая, что «существующее в современном юридическом порядке различие гражданского и публичного права ... представляет собой лишь историческое явление...»⁶² и «граница на протяжении истории далеко не всегда проходила в одном месте».⁶³ 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 перекочевывали в сферу частноправового регулирования.

В-третьих, и этот вывод является принципиально важным. 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».⁶⁴ Этот признак базируется, несомненно, на идее параллельного развития и существования частного и публичного права. «Тесная связь в пре-

⁶¹ Лазарев В.В. Становление Российского частного права: проблемы и перспективы: (межрегиональная конференция) // Правоведение. 1995. № 6. С. 114-115.

⁶² Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Казань, 1901. Т. 1. С. 70.

⁶³ Покровский И.А. Указ. соч. С. 40.

⁶⁴ Покровский И.А. Указ. соч. С. 41.

делах 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 вышается право «единое» в своем основании, охватывающее всю социальную жизнь и дающее содержание как публичному, так и частному праву».⁶⁵

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».⁶⁶ Почему этот вопрос стал возникать именно сейчас?

Обсуждать проблемы, связанные с наличием публичных элементов в гражданском праве, в советское время не было модно, а порой и возможности. Тогдашние взгляды отличались отрицанием частного в угоду общественному и признанием закона как меры политической — это привело к постепенному исчезновению связанной с этим проблематики из юридической литературы. Далее, в период начала перестройки, когда идеи частного права получили новое дыхание, «взмылся высь 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».⁶⁷ В таких условиях, когда господствовали идеи «чистого»

⁶⁵ Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 79.

⁶⁶ Лазарев В.В. Указ. соч. С. 115.

⁶⁷ Алексеев С.С. Теория права. М., 1994. С. 218; Тихомиров Ю.А. Публичное право: падения и взлеты // Государство и право. 1996. № 1. С. 3.

частного права, как назвал их Ю.К. Толстой⁶⁸, 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, прини- мались соответствующие акты, появилась 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 су- ществования, взаимодействия с целью нормального функциони- рования, что невозможно, как стало очевидным 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 прак- тические вопросы, решение которых как раз и лежало в плоско- сти указанных разрешения этих теоретических проблем, что вы- звало определенный интерес к данной проблематике на страни- цах юридической печати. Вопросы эти были подняты многими известными учеными и практиками, к их числу можно отнести Ю.К. Толстого⁶⁹, В.Ф. Яковлева⁷⁰, М.И. Брагинского, В.В. Вит- рянского⁷¹, Л.Г. Ефимову⁷². Проблема соотношения и «синхро- низации» публичного и частного права стала звучать не только в

⁶⁸ См. об этом: Толстой Ю.К. Гражданское право и гражданское законо- дательство // Правоведение. 1998, № 2. С. 128-149.

⁶⁹ См., например: Толстой Ю.К. Гражданское право и гражданское зако- нодательство // Правоведение. 1998, № 2. С. 128-149.

⁷⁰ См., например: Яковлев В.Ф. Гражданский кодекс и государство // Вестник Высшего арбитражного суда РФ. 1997, № 6. С. 133-139.

⁷¹ См., например: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М., 1998. С. 662-672.

⁷² См., например: Ефимова Л.Г. Указ. соч. С. 4-9.

практическом аспекте, но и при разрешении многих крауголь- ных теоретических вопросов, таких, например, как принципы гражданского права. В.Ф. Яковлев, говоря о принципах граждан- ского права, прямо упоминает о необходимости «разумного со- четания частных начал с публичными элементами»⁷³, а О.Н. Са- диков вообще предлагал выделить в качестве одного из принци- пов гражданского права «сочетание индивидуальных и общест- венных (читай частных и публичных. Прим. авт.) интересов» еще в 1991 г.⁷⁴

Указанные посылки, а также несомненная теоретическая важность и возросшая практическая актуальность требуют изу- чения влияния публично-правовых элементов на гражданское право, на регулирование отношений, входящих в предмет граждан- ского права. Необходимо заметить, что выявление и система- тизация указанных публично-правовых вкраплений в граждан- ское право представляет значительную трудность. Как метко подметил в свое время К.Д. Кавелин: «...бесперывное взаимо- действие частных и публичных элементов, хотя оно редко вы- ступает наружу и бросается в глаза, а обыкновенно совершается в тиши, незаметно для наблюдателя и обнаруживается только в своих действиях и результатах»⁷⁵.

Говоря о проблеме выявления и характеристике публично- правовых элементов в гражданском праве, необходимо сделать оговорку. Заключается она в следующем: дело в том, что в лите- ратуре 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, выделен-

⁷³ Яковлев В.Ф. О некоторых вопросах применения части первой ГК РФ // Вестник Высшего арбитражного суда. 1995, № 5. С. 92-94.

⁷⁴ Садиков О.Н. Принципы нового гражданского законодательства СССР // Советское государство и право. 1991, № 10. С. 20-29.

⁷⁵ Кавелин К.Д. Указ. соч. С. 761.

ная по предмету регулирования, в других – реальный, объективно существующий элемент целостной системы права как единого структурированного образования».⁷⁶ Согласно концепции С.С. Алексеева, которая получила в последнее время достаточно широкое распространение, система права включает в себя фундаментальные отрасли права (к их числу 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».⁷⁷

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 (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 опосредованного наличествует интерес публичный, так и наличие в структуре частного права немногочисленных норм, где публичный интерес проявляется

⁷⁶ Алексеев С.С. Общая теория права: В 2 т. М., 1981. Т. 1. С. 251.

⁷⁷ Алексеев С.С. Общая теория права: В 2 т. М., 1981. Т. 1. С. 247-261.

ется 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.

Наличие в гражданском праве таких публичных элементов не делает, на наш взгляд, эту базовую отрасль комплексной, как утверждают некоторые авторы, например, В.Ф. Попондопуло.⁷⁸ 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 ресурсы»⁷⁹, что по определению не позволяет им быть комплексными. В связи с этим нельзя согласиться с мнением ряда цивилистов о необходимости включения принципа сочетания публичного и частного начала 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 неверно. В то же время необходимо всецело поддержать принцип «разумного сочетания частных

⁷⁸ Попондопуло В.Ф. О частном и публичном праве // Правоведение. 1994. № 5-6; Попондопуло В.Ф. Правовой режим предпринимательства. СПб., 1994.

⁷⁹ Алексеев С.С. Общая теория права: В 2 т. М., 1981. Т. 1. С. 248.

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.

Таким основанием можно признать принцип недопустимости произвольного вмешательства в частные дела, закрепленный в ГК РФ. 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, наверно, большинство споров и вопросов, как в теории, так и на практике.

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 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: 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 на имущество, гражданские сделки (например, заемное и налоговое); 3) властные отношения остаются в сфере регулирования гражданским правом, когда дело касается возмещения вреда, причиненного актом власти.⁸⁰

Эти и другие конкретные проявления неизбежного проникновения публично-правовых элементов в сферу частных интересов приводят к неизбежному выводу о том, что процесс дальнейшего реформирования и совершенствования гражданского законодательства даст необходимый эффект только в том случае, если законодатель будет учитывать эти процессы и вышесказанные выводы в правотворческой деятельности.

⁸⁰ См. об этом: 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 // Вестник Высшего арбитражного суда РФ. 1997. № 6. С. 133-139.

Поощрение победителей

В соответствии с решением конкурсной комиссии победители в каждой номинации поощряются денежной премией:

- I место – 800 рублей;
- II место – 700 рублей;
- III место – 500 рублей.

Поощрительные студенческие премии 3 (три) по 300 рублей;

Поощрительные премии преподавателям за лучшее научное руководство работами по 2 премии от специальности по 800 рублей;

Непредвиденные расходы – 2 тысячи рублей.

По итогам конкурса планируется издание сборника студенческих научных работ.

Так, преодолевая трудности, преподаватели и студенты Западно-Уральского института экономики и права участвуют в научно-исследовательской работе, считая её одним из главных направлений в профессиональной подготовке специалиста.

ВУЗ. XXI век

Научно-информационный вестник

Выпуск 6

Редактор *Е.А. Четыркина*

ЛР № 071598 от 25.02.1998 г.

Подписано в печать 18.04.2003.

Усл. печ. л. 5,69. Формат 60×90/16.

Набор компьютерный. Тираж 120 экз. Заказ № 415/2003.

Редационно-издательский отдел
Западно-Уральского института экономики и права
614000, г. Пермь, ул. Сибирская, 35

Отпечатано на ризографе в отделе
Электронных издательских систем ОЦНИТ
Пермского государственного технического университета
614600, г. Пермь, Комсомольский пр., 29а, к. 113
Тел.: (3422) 198-033