

Константин Забоев

**Правовые и
философские аспекты
гражданско-правового...**



Константин Игоревич Забоев
Правовые и философские
аспекты гражданско-
правового договора
Серия «Теория и практика
гражданского права и
гражданского процесса»

Текст предоставлен издательством

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=11282141

Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора:

Юридический центр Пресс; Санкт-Петербург; 2003

ISBN 5-94201-184-2

Аннотация

[<p id="_GoBack">](#)Данная книга представляет собой комплексное правовое и философское исследование свободы договора как основного начала гражданского законодательства и неотъемлемого элемента гражданско-правового договора. Автором широко использованы достижения русской дореволюционной и современной цивилистики, идеи ряда зарубежных ученых, исследовавших проблемы свободы договора. Применяя как диалектико-материалистический метод познания,

так и метод сравнительного правоведения, комплексного анализа, автор анализирует общие закономерности и признаки содержания свободы договора как в гражданском праве, так и в ряде других отраслей права. При выявлении указанных закономерностей были изучены положения нормативных правовых актов Российской Федерации и других государств, а также правоприменительная практика арбитражных судов и судов общей юрисдикции Российской Федерации. На этой основе автором предложен ряд рекомендаций по совершенствованию действующего российского законодательства и практики его применения. При этом собственные теоретические изыскания автора сочетаются с мотивированной критикой ряда сложившихся точек зрения в области договорного права. Выводы и предложения автора могут быть использованы как аналитический материал в ходе разработки проектов нормативных актов, а также в преподавании курсов гражданского и предпринимательского права. Для научных и практических работников, аспирантов и студентов юридических вузов и факультетов.

Содержание

Уважаемый читатель!	6
Введение	8
Глава 1. Общая правовая характеристика гражданско-правового договора	15
§ 1. Происхождение и содержание термина «договор»	15
§ 2. Гражданско-правовой договор – многопонятийная категория	31
§ 3. Функции гражданско-правового договора	41
§ 4. Соотношение гражданско-правового договора с трудовым договором	47
Конец ознакомительного фрагмента.	56

Константин Забоев
Правовые и философские
аспекты гражданско-
правового договора

© К. И. Забоев, 2003

© Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003

Уважаемый читатель!

Серия книг, посвященная теории и практике гражданского права и гражданского процесса, пополнилась книгой К. И. Забоева «Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора».

В современном российском гражданском праве свобода договора приобрела особое значение с признанием ее одним из основополагающих начал этой отрасли. Принцип свободы договора во многом предопределяет роль и смысл иных принципов гражданского права, таких, как равенство участников гражданского оборота, неприкосновенность собственности, недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела и необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав.

Автор предпринял попытку комплексного философского и правового анализа категории свободы гражданско-правового договора как основного начала гражданского законодательства. Категория свободы исследуется автором не только с точки зрения оценки соотношения исторического, философского и правового смысла понятий, входящих в данную категорию, но прежде всего в плане оценки конкретных правовых норм, в которых реализуется свобода договора, а также правоприменительной практики по данному вопросу.

В первую очередь, автор рассматривает свободу договора

как философское понятие и определяет правовой смысл свободы договора, вкладываемый в данное понятие современным российским законодателем. Необходимым логическим этапом авторского исследования является изучение этимологии понятия «свобода» и его философского смысла, заключающегося в том, что свобода производна от ее ограничений, которые и составляют собственно содержание свободы.

Книга содержит ряд концептуальных выводов, формулируя задачу цивилизованного государства как установление границ свободы договора с целью соблюдения необходимого и достаточного баланса между частной свободой и публичными интересами. На одном из первых мест публикуемого исследования стоит вопрос о пределах свободы договора в виде ограничений со стороны государства и самоограничений сторон договора, а также о законности, обоснованности и динамике этих ограничений.

Как и все труды, публикуемые в данной серии, книга К. И. Забоева представляет интерес для целей научных исследований практической правоприменительной деятельности.

Введение

*Legum servi esse debemus, ut liberi esse possimus. –
Нужно подчиняться законам, чтобы быть
свободным (мы должны быть рабами законов,
чтобы иметь возможность быть свободными).
Сентенция древнеримских юристов*

*Свобода есть право делать то, что дозволено
законами. Если бы гражданин мог делать то, что
этими законами запрещается, то у него не было бы
свободы, так как то же самое могли бы делать и
прочие граждане.
III. Монтескье*

Сегодня Россия, пережившая тяжелые экономический и политический кризисы, наконец, обретает стабильность. Рыночная система хозяйствования получила надлежащую законодательную базу, основанную на классических принципах частного права, незыблемых со времен древнего Рима. Возрожденный гражданско-правовой договор вновь обрел ведущую роль в экономике и сегодня можно без преувеличения сказать, что регулирующая функция гражданско-правового договора стала одним из основных факторов, направляющих развитие системы хозяйствования. В основе этой системы, как и в основе любого оборота, лежат гражданско-правовые сделки и, прежде всего, договоры, имеющие в качестве свое-

го неотъемлемого признака свободу, справедливо возведенную в ранг основных начал гражданского законодательства.

На сегодняшний день свобода договора приобрела принципиально новое и главенствующее значение в договорном регулировании отношений субъектов гражданского права.

В той или иной степени элементы свободы договора упоминаются в большинстве норм как части первой Гражданского кодекса Российской Федерации, содержащей общие правила договорного права, так и части второй Гражданского кодекса, включающей в себя большое количество диспозитивных норм, рассчитанных на свободное усмотрение сторон при заключении гражданско-правовых договоров, определении их условий, выборе контрагента по договору и т. д.

Термин «договор» стал широко использоваться в различных отраслях законодательства, в частности в налоговом, таможенном, земельном, трудовом, семейном и др. Необходимость конкретизации данной правовой категории в законодательстве, соотношения его с гражданско-правовым договором, определения степени свободы договора в договорных связях различного плана стала актуальной проблемой для современного правоприменения.

Надо ли говорить, что для нашей экономики, на протяжении десятилетий функционировавшей в условиях жесткого административного диктата, под девизом ставшей уже крылатой фразы В. И. Ленина «...мы ничего „частного“ не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-право-

вое, а не частное»¹, принцип свободы гражданско-правового договора имеет особо важное значение.

Однако безграничная свобода договора таит в себе серьезную опасность для экономики государства, что фактически показало неудачное развитие системы рыночного хозяйствования в России в начале 90-х гг. XX в., в период переоценки возможностей договорного саморегулирования. Очевидно, что этого бы не произошло при надлежащем понимании свободы как производного от ограничений, поскольку полная свобода, не имеющая таких ограничений, не является собственно свободой, а представляет собой ее полное отрицание, ведущее к полной несвободе. Поэтому задача цивилизованного государства заключается в таком установлении границ свободы договора, чтобы при этом соблюдался необходимый и достаточный баланс между частной свободой и публичными интересами.

Следует отметить, что Д. И. Мейер вообще определял предмет гражданского права как ответ на вопрос: «Какая же мера свободы предоставляется лицам, живущим в обществе, на употребление имущества для удовлетворения потребностей?»²

В связи с этим вопрос о пределах свободы договора, состоящих из ограничений такой свободы, налагаемых государством в виде законов или принимаемых на себя самими

¹ Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 44. Стр. 398.

² Мейер Д. И. Русское гражданское право: В 2 ч. М., 1997. Ч. 1. С. 32.

сторонами договора в виде его условий, законности, обоснованности и динамике этих ограничений, является, пожалуй, самым актуальным вопросом для правового государства, которым провозгласила себя Россия в первой статье своей Конституции.

Кроме того, с развитием гражданского законодательства и появлением множества новых видов гражданско-правовых договоров возникли, в частности, вопросы о соотношении гражданско-правового договора с трудовым договором, также характеризующимся определенной свободой. С принятием нового Семейного кодекса, в значительной степени расширившего свободу договорных взаимоотношений супругов, но так и не определившего сам договор брачного союза (брак), представляется также логичным ответить и на вопрос о природе брака как юридического факта с точки зрения свободы договора и правил его регулирования, а также его соотношения с гражданско-правовым договором.

В новом Гражданском кодексе Российской Федерации используется множество оценочных понятий, подобных «добросовестности», «разумности», «нравственности» и т. д. В ряде случаев от смысла, вкладываемого правоприменителями в данные понятия, зависит оценка договорных связей субъектов гражданского права, налагаются ограничения на свободу гражданско-правового договора. В связи с этим представляется необходимым оценить, является ли применение такого понятийного аппарата нормальным развитием

гражданского права и необходимым элементом Гражданского кодекса, рассчитанного на длительное время своего применения, или же это лишь преждевременная новелла законодателя, заимствованная из гражданского законодательства стран с развитой рыночной экономикой.

Все указанные проблемы касаются свободы договора, так как фактически относятся к ее ограничениям, и поскольку закон, который должен оперировать только конкретными и строго определенными понятиями, использует данную категорию, ее смысл, придаваемый ей законодателем, должен быть также конкретизирован и понятен участникам гражданского оборота.

Научная новизна настоящего исследования заключается в том, что свобода в нем оценивается, прежде всего, как философская категория, и именно с этой точки зрения определяется правовой смысл свободы договора, вкладываемый в данное понятие современным российским законодателем.

Необходимость такого подхода обусловлена тем, что само понятие свободы заимствовано правом у философии. Несомненно, еще до такого заимствования это понятие уже обладало определенным смыслом. Изменило ли его право либо распространило уже имеющееся значение на свои нормы? Без ответа на этот вопрос невозможно определить содержание свободы договора.

В этой связи необходимым логическим этапом в настоящем исследовании является изучение этимологии понятия

«свобода» и его первичного по отношению к правовому философского смысла, заключающегося в том, что свобода производна от ее ограничений, которые и составляют собственно содержание свободы.

Такое понимание свободы договора позволило бы по-иному взглянуть на подобные ограничения. Так как суть проблемы, с нашей точки зрения, заключается не столько в их количестве, сколько в необходимости их правовой «осязаемости», т. е. четкой видимости самих ограничений свободы и предсказуемости их нарушения.

Несмотря на то, что безудержное ограничение свободы договора, как нарушение баланса между публичными интересами государства и частными интересами участников гражданского оборота, безусловно, явление для гражданского права пагубное, но не менее, а возможно, более пагубным является отсутствие четких границ свободы договора, что не позволяет говорить вообще о ее наличии.

Таким образом, в настоящем исследовании предпринята попытка комплексного философского и правового анализа категории свободы гражданско-правового договора как основного начала гражданского законодательства, который производится как с точки зрения оценки соотношения исторического, философского и правового смыслов понятий, входящих в данную категорию, так и с позиций собственно оценки правовых норм, в которых реализуется свобода гражданско-правового договора, а также правоприменительной

практики по данному вопросу.

Глава 1. Общая правовая характеристика гражданско-правового договора

§ 1. Происхождение и содержание термина «договор»

Для полного изучения проблемы свободы гражданско-правового договора, прежде всего, необходимо исследовать собственно гражданско-правовой договор, с которым неразрывно связана свобода договора. Поскольку законодатель использует данное понятие, наделяя его определенной смысловой нагрузкой, а само слово «договор» произошло намного раньше включения его в закон, необходимо обратиться к историческому смыслу этой правовой категории.

Как писал О. С. Иоффе, «дать научно-правильное определение – значит, раскрыть предмет в его сущности»³. Так что же означает термин «договор»?

Согласно «Толковому словарю русского языка», договор

³ *Иоффе О. С.* Избр. труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». М., 2000. С. 537.

– это соглашение, условие, заключаемое между двумя или несколькими лицами, взаимное обязательство.⁴

Современные словари русского языка содержат несколько иное и, пожалуй, наиболее согласующееся с его правовым пониманием определение «договора», характеризуя его как письменное или устное соглашение, условие о взаимных обязательствах.⁵

Интересными представляются определения, содержащиеся в «Толковом словаре живого великорусского языка» В. Даля. Согласно данному словарю, договор – это взаимное соглашение, условие, обязательство. На деловом языке договором называются предварительные условия или частное обязательство, а совершенное на законном основании – контрактом, условия такого контракта именуются кондициями.⁶

В другом томе словаря, в свою очередь, мы находим значение слова «контракт», что означает – письменное условие, договор в законном порядке. Стороны же, взаимно заключившие условие или сделку, называются контрагентами. Стоит отметить, что слово «контракт» происходит от римского значения договора – «contractus», являвшегося

⁴ Толковый словарь русского языка / Под ред. Д. Н. Ушакова. М., 1935. Т. I. А – Кюрины. С. 788.

⁵ Словарь русского языка / Под ред. А. П. Евгеньевой: В 4 т. 2-е изд., испр. и доп. М., 1981. С. 698; *Ожегов С. И., Шведова Н. Ю.* Толковый словарь русского языка. 4-е изд., доп. М., 1999. С. 171.

⁶ *Даль В.* Толковый словарь живого великорусского языка: В 4 т. М., 1998. Т. 1: А – 3. 1998. С. 450.

наиболее важным источником обязательств в Риме. Глагол «contrahere» по своему буквальному значению («con» + «trahere») переводится как «стягивать».⁷

Весьма характерно, что контрактом, т. е. договором, заключенным в соответствии с законом, согласно определению, указанному в «Толковом словаре» В. Даля, признается лишь письменное соглашение. Тем самым подчеркивается значимость такого документа и предъявляются повышенные требования к форме его совершения. В других словарях русского языка, в частности упомянутых выше, этот нюанс не встречается.

Необходимо отметить, что в Древней Руси в IX–XIII вв. так называемый земский (княжеский) период договор именовался «совещанием», «сгодой», «смолвой», «сговором». Кроме обыкновенно словесных договоров имелись и символические формы совершения договоров (литки или могоарыч – возлияние богам, рукобитье или связывание рук – «obligatio»). В Псковской Судной грамоте договор именуется «смолвою», речь идет не только о неформальных письменных договорах («досках») и о формальных («записях»), но и об укреплении актов, так, например, заем без записи и без заклада допускается совершать только до 1 рубля. В XVI–XVII вв., с принятием Судебника Иоанна IV (1550 г.) и изданием царского указа 7 июня 1635 г., письменная форма ак-

⁷ Римское частное право: Учебник / Под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. М., 1999. С. 295.

тов, таких, как кабалы, записи и памяти, стала преобладать⁸.

В XVII в. на Руси строгость исполнения закона о письменной форме совершения сделок была такова, что «у кого кабал нет, или утеряются, или подерутца, или иная какая шкода учинитца, в бескабальных делах суда не даетца и верить не велено ничему, хотя б на какое дело двадцать человек свидетелей было все ни во что без крепостей»⁹, что, очевидно, надо понимать как лишение стороны договора права в случае спора ссылаться на свидетельские показания при несоблюдении письменной формы сделки.

Очевидно, что само понятие «договор» очень глубоко по значению. Терминологически оно исходит из действия, точнее сказать общения, разговора между людьми, который возымел определенный результат в виде некой договоренности между ними.

Даже значение данного слова в «Толковом словаре живого великорусского языка» В. Даля дается в рамках значения глагола «договаривать», т. е. говорить до конца.

Еще Аристотель называл человека «общественным животным», так как человек существует в обществе себе подобных и нуждается в таком обществе по причине необходимости не только физического выживания, но и общения.

⁸ *Владимирский-Буданов М. Ф.* Обзор истории русского права. Ростов н/Д, 1995. С. 566.

⁹ *Владимирский-Буданов М. Ф.* Обзор истории русского права. Ростов н/Д, 1995. С. 567.

И. Г. Фихте писал, что «человек предназначен для жизни в обществе; он должен жить в обществе; он не полный законченный человек и противоречит самому себе, если он живет изолированно»¹⁰.

Человеческое общение выражается как минимум в речи, разговорах между людьми, которые состоят не только в информативном обмене, но и направлены на определенный результат, выгодный одной либо обеим сторонам разговора. Собственно, и сам информативный обмен совершается в большинстве случаев в целях поиска оптимальных условий проживания (либо выживания, в зависимости от этапа развития общества).

Таким образом, речь приводит к определенной договоренности между людьми, закрепляющей в той или иной форме их взаимные права и обязанности.

Г. В. Ф. Гегель справедливо отмечал, что «разум делает столь же необходимым, чтобы люди вступали в договорные отношения – дарили, обменивались, торговали и т. д., – как то, чтобы они имели собственность»¹¹.

Иначе говоря, развитие договорных отношений является естественным и неизбежным результатом человеческого общения. Вместе с тем, необходимость в нем обусловлена возникновением собственности, т. е. предмета договора, вокруг

¹⁰ Фихте И. Г. Несколько лекций о назначении ученого; Назначение человека; Основные черты современной эпохи / Пер. с нем. Минск, 1998. С. 20.

¹¹ Гегель Г. В. Ф. Философия права. М., 1990. С. 128.

которой могут складываться такие отношения. По мере увеличения количества собственности, разнообразия отношений, складывающихся по поводу нее, а также усложнения организации общества, в котором сосуществуют несколько собственников, возникает потребность в более четкой регламентации договорного регулирования, что служит толчком к развитию договорного права.

Собственно, одной из общих договоренностей, согласно распространенной во многом благодаря Ж.-Ж. Руссо теории «общественного договора», считается государство¹², само являющееся договором между гражданами, согласно которому они отдают часть своих прав в обмен на защиту со стороны государства. В результате этого возникают право, институты принуждения, необходимые для недопущения нарушения кем бы то ни было условий общего договора, принуждения к его исполнению, а также привлечения к ответственности лиц, нарушающих такой договор.

Даже не вдаваясь в проблемы теории государства и права, в плане обоснованности этой теории происхождения государства и права, необходимо отметить, что она все же представляется совершенно логичной с точки зрения методологии исследования происхождения самого понятия «до-

¹² Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре, или Принципы политического права / Трактаты. М., 1969; См. также: Новгородцев П. И. Введение в философию права. Кризис современного правосознания. СПб., 2000. С. 28–44; Протасов В. Н. Теория права и государства. Проблемы теории права и государства: Вопросы и ответы. М., 1999. С. 210.

говор», исходя из его этимологии.

По мере развития общества и государства, а также права как важнейшего элемента самого государства возникает необходимость в регламентации правил о различных видах договоров и появляются самостоятельные отрасли права, имеющие собственные правила заключения, изменения и расторжения соответствующих договоров.

Нормы права с данной точки зрения представляют собой также своего рода договоры между гражданами государства, хотя и опосредованные через органы законодательной власти этого же государства. Несмотря на то, что формально-юридическое оформление договора как соглашения между сторонами в этом случае, безусловно, не соблюдается, по своему смыслу и предназначению законы являются отражением воли, т. е. волеизъявлением граждан государства либо какой-то их части. Причем количество граждан, волеизъявление которых нашло свое отражение в законодательном акте, и его соотношение с общей численностью населения государства принципиально не изменяют природу причинности появления самого законодательного акта.

Некоторую родственность законов и договоров отмечали и римские ученые, называя законы царями, а договоры господами, носителями права, отмечая их близость по духу, но отличие по положению.

Так, например, Демосфен говорил, что «договоры являются господами, но при том условии, что они правомерны –

ta ge dikaia, o beltiste». ¹³ Платон же высказывал следующее: «На d'an hekon hekonti homologes, phasim hoi poleos basileis – pomoi, dikaia einai» (В чем добровольно друг с другом договаряются, это является правом, так говорят цари государства – законы). ¹⁴

Стоит отметить, что подобные родственные сравнения употребляются и в современной литературе. Ю. А. Тихомиров, например, называл закон отцом договора. ¹⁵ Данное сравнение использует также М. И. Брагинский, называя, в свою очередь, матерью договора соглашение, поскольку оно порождает все возможные последствия в договоре, включая применение и нормативных, и квазинормативных регуляторов ¹⁶.

Безусловно, одной из важнейших отраслей права, содержащей нормы о договоре в его классическом виде, является гражданское право.

Стороны гражданско-правового договора имеют равное положение, действуют своей волей и в своем интересе, они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих

¹³ Римское частное право: Учебник / Под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. С. 296.

¹⁴ Римское частное право: Учебник / Под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. С. 296.

¹⁵ Тихомиров Ю. А. Договоры в экономике. М., 1993. С. 13.

¹⁶ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 15.

законодательству условий договора (ст. 1 ГК РФ). Они свободны в заключении гражданско-правового договора, в выборе контрагента по договору, в выборе условий договора, а также его вида (ст. 421 ГК РФ).

Определение гражданско-правового договора современный законодатель дает в ст. 420 ГК, в соответствии с которой договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. Необходимо отметить, что в ГК 1964 г. определение договора не приводилось, имелось лишь определение обязательства.

В научной литературе гражданско-правовой договор определялся и определяется по-разному. Так, Д. И. Мейер считал, что договор («contractus», «pactum») представляет собой соглашение воли двух или нескольких лиц, которое порождает право на чужое действие, имеющее имущественный интерес.¹⁷

В. И. Синайский, отмечая значение субъективного отношения стороны к заключению договора, определял его как юридический акт свободной и сознательной воли сторон, направленный на возникновение обязательства¹⁸.

Г. Ф. Шершеневич называл договором соглашение двух или более лиц, направленное к установлению, изменению

¹⁷ Мейер Д. И. Русское гражданское право: В 2 ч. М., 1997. С. 156.

¹⁸ Синайский В. И. Русское гражданское право. М., 2002. С. 309.

или прекращению юридических отношений.¹⁹

Несложно заметить близость данного определения к формулировке ст. 420 современного ГК, в связи с чем Б. Д. Завидов отмечает, что возвращение сегодняшнего законодателя, в сущности, к формулировке договора из дореволюционного гражданского права России свидетельствует о преемственности в российском праве.²⁰

Е. А. Суханов, наряду с определением договора, сформулированным в законе, предлагает свое толкование данного термина, отмечая, что «договор как средство (инструмент) регулирования взаимоотношений его участников предстает в виде согласованной сторонами и ставшей для них юридически обязательной программы, их совместных действий по достижению определенного экономического (имущественного) результата».²¹

Несколько упрощенно дает определение договора С. Э. Жилинский, называя его универсальной общепринятой формой обмена, применяемой на всех уровнях и ко всем товарам легального рынка²².

Хотя, безусловно, все приведенные доктринальные определения понятия «договор» фактически отражают признаки

¹⁹ *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 304.

²⁰ *Завидов Б. Д.* Договорное право России. Б. м, 1998. С. 20.

²¹ *Гражданское право: В 2 т. / Отв. ред. Е. А. Суханов.* 2-е изд., перераб. и доп. М., 1999. Т. II. С. 153.

²² *Жилинский С. Э.* Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности). 3-е изд., изм. и доп. М., 2000. С. 218.

одного и того же явления, суть которого закреплена в законе.

Следует отметить, что единства в научных определениях договора все же нет. Так, например, А. Д. Корецкий считает договором объективированные вовне, свободно согласованные намерения нескольких лиц совершить (либо воздержаться от совершения) субъективно возможные юридические либо фактические действия в отношении друг друга в целях реализации личных интересов²³.

Признавая оригинальность данной формулировки, согласиться с ней достаточно сложно, поскольку договор как соглашение означает законченность действий (намерений), направленных на его заключение, сами же по себе намерения сторон не порождают гражданско-правовых последствий как не объективированные в правовом акте.

Если обратиться к зарубежному законодательству, станет видно, что гражданское законодательство различных государств также имеет отличающиеся между собой формулировки значения понятия «договор».

Так, в соответствии со ст. 1378 Гражданского кодекса Квебека, вступившего в действие в 1994 г., т. е. почти в одно время с новым ГК России, «договор – это согласование воли, в соответствии с которым одно или несколько лиц обязываются перед другим лицом или лицами к совершению предо-

²³ Корецкий А. Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре / Отв. ред. П. П. Баранов. СПб., 2001. С. 35–36.

ставления».²⁴

Согласно п. 11 ст. 1-201 Единообразного торгового кодекса США «договор – это правовое обязательство в целом, вытекающее из соглашения сторон в соответствии с настоящим Законом и иными подлежащими применению нормами права», в свою очередь, «соглашение – это фактически совершенная сделка сторон, наличие которой вытекает из их заявлений или иных обстоятельств, включая заведенный порядок, торговые обыкновения или порядок их исполнения, как то предусмотрено в настоящем Законе» (п. 3 ст. 1-201)²⁵.

В соответствии с Общими положениями Гражданского права Китайской Народной Республики, принятыми в 1986 г.: «Договор – это соглашение, устанавливающее, изменяющее или прекращающее гражданские отношения между сторонами. Договор, заключенный согласно закону, охраняется законом» (ст. 85).²⁶

Однако незыблемость свободы договора как основополагающего принципа частного права признается всеми гражданскими кодексами в равной мере. Так, например, в ст. 19 (I) швейцарского закона об обязательственном праве говорится, что «содержание договора... в рамках закона может быть произвольно установлено сторонами», а в ст. 1134 ГК Франции дается знаменитая формула, согласно которой

²⁴ Гражданский кодекс Квебека. М., 1999. С. 221.

²⁵ Единообразный торговый кодекс США / Пер. с англ. М., 1996. С. 48–49.

²⁶ Гражданское законодательство КНР / Пер. с кит. М., 1997. С. 34.

«правомерные договоры становятся законом для лиц, их заключающих».

Собственно говоря, одна из основных теорий доктрины, в том числе и европейского частного права, отвечающая на вопрос о причине признания современными правопорядками обязательного характера договоров частных лиц и обеспечения их исполнения государством, заключается в том, что поскольку основной задачей правопорядка является создание и обеспечение свободы и самоопределения индивида, каждый должен обладать свободой действий, независимо от влияния государства и других властных структур. Поэтому ему должна быть предоставлена возможность строить свои взаимоотношения с другими индивидами по собственному усмотрению, а не в соответствии с обязательными и заранее установленными предписаниями, а также свобода в осуществлении тех целей, которые он считает правомерными, но при условии, что при этом не будет ущемляться аналогичная свобода других индивидов. Отсюда следует, что государство должно считаться со свободой индивида и предоставлять ему право самостоятельно определять свои условия существования. А это, в свою очередь, означает для индивида не только свободу вероисповедания, свободу слова, право частной собственности, свободу торговли и предпринимательства, но и свободу договоров: вступать ли и с кем в отношения обмена²⁷.

²⁷ Цвайгерт К., Кётиц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. / Пер. с нем. М., 1998. Т. 2. С. 7–8.

Надо добавить, что Конституционный Суд России подтвердил значимость свободы договора, указав, что она является одним из гарантируемых государством конституционных свобод человека и гражданина²⁸.

Итак, договор предстает перед нами как некая универсальная категория общественной жизни и экономических отношений, являющаяся свободным регулятором, причем договорное регулирование является естественным или, можно сказать, природным саморегулятором общества и экономики. Как живая природа самостоятельно реагирует на изменения климата появлением и исчезновением новых видов живых организмов, так договорное регулирование изменяется в зависимости от потребностей общества и экономики, реагируя на изменения рынка появлением новых видов договоров и исчезновением старых.

Хотя государство и вводит некоторые властные регуляторы в интересах стабильности положения в обществе и экономике, что является, безусловно, обоснованным, так как изменения в этих сферах не должны быть столь резкими и беспощадными, как в природе, представляется, что такое ограничение должно быть очень осторожным и по возможности минимальным, так как оно может тормозить самостоятель-

²⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 23.02.1999 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности положения части второй статьи 29 Федерального закона от 3 февраля 1996 года „О банках и банковской деятельности“ в связи с жалобами граждан О. Ю. Веселяшкиной и Н. П. Лазаренко» // СЗ РФ. 1999. № 10. С. 1254.

ное природное изменение путем свободного договорного регулирования. Как при слишком долгом сдерживании растягивающейся пружины, ее последующий удар будет сильнее обычного, так и последствия резкого изменения договорного регулирования могут быть болезненными для общества, как, например, было в России при неоправданно быстром вхождении в рыночную экономику без надлежащей законодательной базы. Иначе говоря, государственное регулирование свободы договора должно быть очень осторожным и трижды обоснованным, чтобы не быть излишним и не нарушать плавность неизбежной постоянной динамики договорного регулирования. Поэтому недопустимо длительное удерживание каких-либо экономических показателей в политических целях властными либо иными псевдоэкономическими средствами, так как это невозможно бесконечно и, в конце концов, приводит к порывистым болезненным изменениям в экономике государства, что мы недавно наблюдали в России на примере «пирамиды» ГКО, возведенной для удерживания курса российского рубля.

Свободный рынок, т. е. рынок, основанный на принципе свободы гражданско-правового договора, в состоянии саморегулироваться. Конечно, неоспорим тот факт, что такое саморегулирование должно происходить на основе законов, установленных государством и определяющих границы свободы договора, поскольку государство должно контролировать свободную стихию договорного регулирования. И в свя-

зи с этим, безусловно, нельзя утрировать значение такого саморегулирования, считая его единственным фактором, направляющим развитие рыночной экономики. Как верно отмечает В. С. Якушев, сегодня «необходимость участия государства в управлении экономикой становится общепризнанной».²⁹

Однако, признавая за государством право регулирования развития рыночной экономики, очень легко переступить грань между балансом частного и публичного права в сторону вмешательства государства в частные интересы и начать регулировать частно-правовые отношения императивными нормами публичного права, что в определенной мере наблюдается сегодня, путем расширения сфер применения публично-правовых законов и кодексов, за счет притеснения частного права с использованием на фоне усиления роли государства, нормы, содержащейся в п. 3 ст. 2 ГК РФ³⁰. Остается только надеяться, что реформирование экономики России, прорывом в котором было принятие нового Гражданского кодекса, не повернет назад под давлением вечного российского «маятника» в сторону сплошного публично-правового императивного регулирования.

²⁹ Якушев В. С. Гражданский кодекс Российской Федерации и гражданское законодательство. Цивилистические записки. Межвузовский сб. науч. трудов. М., 2001. С. 27.

³⁰ Вахнин И. Учет соотношения частного и публичного порядка регулирования при определении условий договоров // Хозяйство и право. 1998. № 11.

§ 2. Гражданско-правовой договор – многопонятийная категория

Многие авторы разделяют мнение, что понятие «договор» имеет несколько смыслов, в которых оно употребляется в законодательстве. Как пишет В. В. Витрянский: «В законодательстве и в гражданско-правовой доктрине термин „договор“ употребляется в трех различных смыслах: как основание возникновения правоотношения (договор-сделка); как само правоотношение, возникшее из этого основания (договор-правоотношение); как форма существования правоотношения (договор-документ)».³¹

Уяснение смыслов этой категории, которые могут быть различны в каждом конкретном случае в зависимости от контекста закона, имеет принципиальное значение для последующих исследований иных теоретических вопросов, которые производятся, исходя из уже принятой предпосылки.

Само же по себе существование различных значений термина «договор» обоснованно признается многими юристами.

Так, тройкое значение понятия «договор» как юридического факта (сделки), правоотношения и документа отмеча-

³¹ Витрянский В. В., «Существенные условия договора». «Хозяйство и право» 1998 г., № 7.

ют также Е. А. Суханов³², Н. И. Клейн³³, А. Ю. Кабалкин³⁴, Н. Д. Егоров³⁵, А. М. Мартемьянова³⁶ и др.

М. И. Брагинский говорит о различных значениях термина «договор» как об омонимах³⁷.

Даже О. А. Красавчиков, являвшийся противником такого широкого понимания значения термина «договор» и утверждавший, что понимание договора как гражданского правоотношения представляется неоправданным, так как в нем смешивается юридический факт и его правовые последствия, все же соглашался с тем, что сам термин «договор» может иметь несколько смыслов.³⁸

Безусловно, смешение юридического факта и его правовых последствий в теоретическом исследовании недопусти-

³² Гражданское право: В 2 т. Т. II. С. 152.

³³ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). М., 1997. С. 671.

³⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. Научно-практический комментарий / Отв. ред. Т. Е. Абова, А. Ю. Кабалкин, В. П. Мозолин. М., 1996. С. 617; Кабалкин А. Понятие и условия договора // Российская юстиция. 1996. № 6. С. 19.

³⁵ Гражданское право. Учебник. Ч. 1. 3-е изд., перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 1998. С. 495.

³⁶ Гражданское право: Учебник для вузов. Часть первая / Под общ. ред. Т. И. Илларионовой, Б. М. Гонгалю и В. А. Плетнева. М., 1998. С. 341.

³⁷ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 11.

³⁸ Советское гражданское право: Учебник. В 2 т. / Под ред. О. А. Красавчикова. 3-е изд., испр. и доп. М., 1985. Т. 1. С. 432–433.

мо, но, тем не менее, само по себе обозначение в ряде случаев термином «договор» гражданского правоотношения, возникающего из такого договора, смешением не является. Важно при исследовании тех или иных проблем изначально правильно определить значение этого термина, используемое применительно к каждому конкретному случаю, или как пишет В. В. Витрянский, «четко представлять, о какой ипостаси договора идет речь»³⁹.

В частности, определение контекстного смысла термина «договор» имеет принципиальное значение при исследовании проблемы существенных условий договора как одного из видов ограничения свободы договора. Собственно об этой проблеме речь пойдет в соответствующем параграфе настоящей работы, на данном же этапе исследования необходимо определиться с той теоретической посылкой, от которой можно будет отталкиваться в дальнейшем.

В. В. Витрянский, например, по этому поводу пишет следующее: «Договор-сделка представляет собой юридический факт, который в принципе не может иметь собственного содержания, включая и какие-либо существенные условия. Договор-документ, то есть определенный текст, состоящий из пунктов, также не может служить источником всех условий договора, поскольку многие из них определяются импера-

³⁹ Научно-практический комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. 2-е изд., доп. и перераб. М., 1999. С. 545.

тивными и диспозитивными нормами, а также обычаями делового оборота (см. п. 4 и 5 ст. 421 ГК). Итак, исследование существенных условий договора предполагает анализ договора-правоотношения, содержание которого отнюдь не исчерпывается пунктами, имеющимися в тексте договора». ⁴⁰

М. И. Брагинский также говорит о том, что содержанием обладает только возникшее из договора-сделки договорное правоотношение, при этом, как и в любом другом правоотношении, содержание договора составляют взаимные права и обязанности контрагентов⁴¹.

Тем не менее, с такой точкой зрения согласиться сложно, так как по смыслу ст. 154, 420 ГК договор является, прежде всего, сделкой, которая считается заключенной при соблюдении требований ст. 432 ГК, когда в требуемой в подлежащих случаях форме достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. То есть и о существенных условиях договора, упоминаемых в той же ст. 432 ГК, следует говорить, по нашему мнению, тоже в рамках понимания договора как сделки.

Стоит отметить, что мнение М. И. Брагинского в исследуемом источнике неоднозначно и противоречиво, что является лишним подтверждением спорности данной пробле-

⁴⁰ Витрянский В. В. Существенные условия договора // Хозяйство и право. 1998. № 7.

⁴¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 116.

мы. Далее М. И. Брагинский отмечает: «Договорные условия представляют собой способ фиксации взаимных прав и обязанностей. По этой причине, когда говорят о содержании договора в его качестве правоотношения, имеют в виду права и обязанности контрагентов. *В отличие от этого содержание договора-сделки составляют договорные условия* (курсив наш. – К. З.)». ⁴²

По мнению Е. А. Суханова, содержание договора как соглашения (сделки) составляет совокупность согласованных сторонами договора условий, в которых закрепляются права и обязанности контрагентов, составляющие содержание договорного обязательства. ⁴³ Такое же мнение высказывали в разное время А. Ю. Кабалкин ⁴⁴ и О. А. Красавчиков ⁴⁵.

Как справедливо утверждал О. С. Иоффе: «Содержание любого явления должно сопутствовать ему на протяжении его существования». ⁴⁶

Данное правило он рассматривал на примере процессуального правоотношения, критикуя различные точки зрения

⁴² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 238.

⁴³ Гражданское право: В 2 т. Т. II. С. 163.

⁴⁴ Кабалкин А. Понятие и условия договора // Российская юстиция. 1996. № 6. С. 21.

⁴⁵ Советское гражданское право. С. 432–433.

⁴⁶ Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». М., 2000. С. 668.

на его содержание. Его аргументация в силу своей безупречной логики представляется крайне интересной. Итак, он писал: «Возьмем то же процессуальное правоотношение. Оно возникает с момента предъявления иска и прекращается в момент исполнения судебного решения. Как же быть с содержанием процессуального правоотношения в те периоды его существования, когда никакие связанные с ним процессуальные действия не совершаются? Если бы мы сказали, что и в этом случае речь должна идти о действиях, то тогда следовало бы признать, что правоотношение временно лишено своего содержания. Чтобы выйти из этого положения, иногда указывают, что в таких случаях нужно говорить не о реальных, а лишь о возможных действиях. Но юридическая возможность и необходимость совершения определенных действий – это и есть не что иное, как права и обязанности. Поэтому они, и только они, могут быть признаны юридическим содержанием правоотношения».⁴⁷

Таким образом, если относить к содержанию договора-правоотношения договорные условия, то они должны присутствовать в нем с момента его возникновения и до его прекращения, т. е. как минимум, правоотношение и договорные условия должны появиться одномоментно, как явление вместе со своим содержанием. Однако представляется,

⁴⁷ *Иоффе О. С.* Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». М., 2000. С. 668.

что это не так.

В. Груздев, также утверждая, что содержание договора-правоотношения составляют лишь права и обязанности его сторон, оппонируя В. В. Витрянскому, справедливо отмечает: «До момента, пока стороны не согласуют определенные условия, договорное отношение просто не существует. В этой связи практическим смыслом должно быть предопределено изучение условий именно договора-сделки, а не правоотношения, которого пока нет».⁴⁸

Иначе говоря, возникает вопрос: чем будут являться договорные условия до возникновения собственно правоотношения, когда речь идет только о договоре-сделке как основании возникновения этого правоотношения?

Как содержание явления не может существовать в отсутствие самого явления, так и условия договора не могут существовать без того явления, содержание которого составляют. В силу сказанного представляется, что, говоря об условиях гражданско-правового договора, следует иметь в виду именно договор в качестве сделки, а не правоотношения.

В связи с изложенным уместно также привести высказывание О. А. Красавчикова, который, рассуждая об условиях договора, отмечал: «В равной мере недопустимо отождествление анализируемых условий с теми правами и обязанностями, которые возникнут на основе договора. Условия –

⁴⁸ Груздев В. Состав и существо договорных обязательств сторон // Хозяйство и право. 1999. № 7.

элементы соглашения, образующие в своей системе содержание договора. Система прав и обязанностей сторон – это содержание конкретного гражданского правоотношения. Иначе говоря, в самом договоре нет никаких прав и обязанностей; в нем лишь заключена конкретная волевая модель того правоотношения, которое возникнет в соответствии с законом на основе договора». ⁴⁹

Таким образом, можно прийти к следующим выводам.

Смысловая многоликость термина «договор» является его естественным содержанием, так как фактически отражает стадии его заключения и исполнения, выражающиеся первоначально в изготовлении договора-документа, заключении договора-сделки и исполнении договора-правоотношения. Такая терминологическая многозначность, в принципе, не мешает правоприменительной практике, так как в подавляющем большинстве случаев практика касается договора-правоотношения и оценивает права и обязанности сторон, возникшие как собственно из текста договора, так и вытекающие из норм законодательства. Договор же как сделка преимущественно оценивается правоприменителями относительно правил его заключения, изменения или расторжения, в плане порождения им соответствующих прав и обязанностей сторон договора-правоотношения.

Сказанное прямо вытекает из текста Гражданского кодек-

⁴⁹ Советское гражданское право: В 2 т. / Под ред. О. А. Красавчикова. Т. 1. С. 440.

са, в котором в гл. 28 и 29 договор понимается как гражданско-правовая сделка. Во второй же части ГК, посвященной отдельным видам обязательств, в основном говорится о правоотношении, возникшем из договора-сделки, и определяются права и обязанности сторон, т. е. речь идет о договоре-правоотношении. Так, например, гл. 30 ГК носит название «Купля-продажа», а не «Договор купли-продажи», определение которому дается в первой статье данной главы. То же касается и других глав второй части ГК, содержащих нормы о гражданско-правовых договорах. Договору-сделке отводится инструментальная роль регулятора обязательственных отношений, как юридическому факту, их порождающему.

Иначе говоря, понятие «договор» в равной степени может быть применимо, во-первых, к собственно документу, на котором изложен соответствующий текст, не имеющий содержания в правовом смысле слова, но являющийся подтверждением следующей «ипостаси» данного термина в виде сделки, во-вторых, к самой сделке, имеющей своим содержанием условия договора, в-третьих, данное понятие может и должно быть применимо к правоотношению, содержанием которого являются права и обязанности сторон, вытекающие как из согласованных ими условий, так и из императивных и диспозитивных норм закона.

При этом, очевидно, содержанием договора-сделки могут быть только те условия, которые согласованы сторонами до-

говора при его заключении, как отнесенные законом к числу существенных условий, так и не отнесенные к таковым, а не все правила, содержащиеся в императивных и диспозитивных нормах закона, имеющих отношение к существу договора и регламентирующих права и обязанности сторон, что уже является содержанием правоотношения, вытекающего из договора.

§ 3. Функции гражданско-правового договора

Гражданско-правовой договор, как и любой юридический акт⁵⁰, имеет регулирующее значение для соответствующих субъектов гражданских правоотношений, обладает определенными функциями.

По мнению О. А. Красавчикова, договор обладает такими функциями, как инициативная, программно-координационная, информационная, гарантийная и защитная.⁵¹

Инициативная функция, по его мнению, заключается в том, что договор является актом проявления инициативы и реализации диспозитивности участников договора. Программно-координационная функция договора, в свою очередь, состоит в том, что посредством договора устанавливается определенная программа поведения его сторон путем взаимоувязки (координации) интересов, целей деятельности, ее видов и форм во взаимоотношениях лиц, организационно и имущественно обособленных, не находящихся в

⁵⁰ В. Н. Протасов, например, различает нормативный договор, т. е. договор как источник права, представляющий собой соглашение субъектов права, содержащее новые юридические правила, и правовой договор как индивидуальный юридический акт, устанавливающий конкретные юридические права и обязанности конкретных субъектов. – Протасов В. Н. Указ. соч. 1999. С. 7.

⁵¹ Советское гражданское право: В 2 т. С. 435–438.

отношениях власти и подчинения, каковыми являются субъекты гражданского права. Информационная функция, пишет О. А. Красавчиков, заключается в точной фиксации воли сторон, достигших соглашения по поводу условий договора. И наконец, гарантийную функцию он определяет как возможность применения системы обеспечительных средств в целях стимулирования надлежащего исполнения договора (залога, задатка и т. д.), а защитную – как точное и неуклонное соблюдение сторонами всех условий договора, имеющее такие формы реализации, как принудительное исполнение, использование мер ответственности и т. д.⁵²

Приведенные строки были написаны еще до принятия нового Гражданского кодекса и развития в России рыночной экономики. Поэтому поскольку во времена плановой экономики договору как фактору, направляющему ее развитие, отводилась минимальная роль, постольку и регулирующая функция договора выделялась лишь в числе множества прочих как не самая значимая. На сегодняшний же день, в связи с кардинальными изменениями в управлении экономикой государства и принятием нового ГК, главной и определяющей является именно регулирующая функция гражданско-правового договора как основного способа саморегулирования экономических отношений их участниками.

Еще в римском праве, содержащем значительное количество норм о силе договоров, отмечалось их значение для ре-

⁵² Советское гражданское право. С. 435–438.

гулирования существующих в то время торговых отношений. Одна из таких норм гласила: «Hosa an tis hekon heteros hetero homologue kyria einai» (О чем друг с другом добровольно договорятся, то и господствует).⁵³

М. И. Брагинский справедливо отмечает, что регулирующая роль договора сближает его с законом и нормативными актами, поскольку условия договора отличаются от правовой нормы, главным образом, двумя принципиальными особенностями, первая из которых связана с происхождением правил поведения: договор выражает волю сторон, а правовой акт – волю издавшего его органа; вторая же различает пределы действия правил поведения: в договоре они действуют только для его сторон – для тех, кто не является сторонами, он может создать права, но не обязанности; в то же время правовой или иной нормативный акт порождает, в принципе, общее для всех и каждого правило (любое ограничение круга лиц, на которых распространяется правовой акт, им же определяется)⁵⁴.

Е. А. Суханов отмечает регулирующую функцию договора как сделки, определяющей характер и содержание возникшего на ее основе обязательства, и как обязательства, определяющего конкретные действия сторон по его исполнению, которая, по его мнению, проявляется в том, что условия

⁵³ Римское частное право. С. 296.

⁵⁴ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 9.

договора определяют не только конечный результат (цель) и содержание согласованных действий сторон по его исполнению, но во многих случаях и порядок их совершения⁵⁵.

В. Ф. Яковлев, выделяя такие две функции гражданско-правового договора, как функция юридического факта и регулятивная функция, также говорит о большей значимости регулятивной функции договора, поскольку законы обычно устанавливают лишь общие правила, заключенные в содержании договора, а конкретное регулирование в рамках закона осуществляется посредством договора⁵⁶.

Близость договора и закона (а также иных нормативных правовых актов) уже отмечалась ранее, и, учитывая их непринципиальные, на наш взгляд, отличия, можно утверждать, что гражданско-правовой договор отличается лишь тем, что относится к другому уровню регулирования гражданских отношений (по количеству субъектов, способу выражения их воли в правовом акте и т. д.), но, безусловно, выполняет основную роль в регулировании экономических отношений в обществе, которую нельзя подменить никаким количеством законов и нормативных актов, что подтвердило неудачное развитие плановой экономики.

Гражданско-правовой договор представляет собой уникальный правовой инструмент, являющийся основным фак-

⁵⁵ Гражданское право. С. 153.

⁵⁶ Яковлев В. Ф. Россия: экономика, гражданское право (вопросы теории и практики). М. С. 81.

тором, направляющим развитие рыночной экономики, позволяющим выявить действительную волю участников экономических отношений, определить потребности общества в тех или иных товарах или услугах и обеспечить их оптимальное удовлетворение.

Поэтому важнейшей и, с нашей точки зрения, единственной функцией гражданско-правового договора, образно выражаясь, достойной выделения и наиболее значимой для общества и экономики, является именно его регулирующая функция, все же остальные функции договора производны от нее и зависимы.

Недаром еще у Цицерона сказано: «Fundamentum iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et Veritas» (Основа права это верность, т. е. твердое и правдивое соблюдение слова и договора).⁵⁷

Оценка гражданско-правового договора была бы неполной без его сравнения с другими видами договоров в российской системе права с точки зрения свободы договора. В связи с этим необходимо раскрыть соотношение гражданско-правового договора с договорами других отраслей права, в частности с такими категориями, как трудовой договор, административный договор и договор брачного союза (брак).

Из перечисленных видов договорных конструкций наиболее устоявшейся является, очевидно, трудовой договор, пря-

⁵⁷ Римское частное право. С. 296.

мо поименованный как таковой в законе и регулируемый трудовым законодательством. Административный же договор хотя и не определен в законе, но его существование признается многими авторами. В свою очередь, договор брачного союза (брак) также не поименован в законе, но, представляется, может быть оценен именно как вид договора, исходя из совокупности норм законодательства, регулирующих его заключение, касающихся, в том числе, его свободы.

Данные виды договоров отличаются от гражданско-правового договора правилами регулирования, установленными законодательством, однако для ответа на вопрос о принципиальности таких отличий, позволяющих выделять эти договоры в самостоятельные виды, и вообще возможности их существования (что касается административного договора) необходимо произвести их исследование в соотношении с собственно гражданско-правовым договором с точки зрения свободы таких договоров.

§ 4. Соотношение гражданско-правового договора с трудовым договором

К гражданско-правовому договору наиболее близок трудовой договор, который является возмездным как большинство гражданско-правовых договоров, т. е. предусматривает встречное имущественное предоставление в виде денежных средств – с одной стороны, и работы как объекта гражданских прав, согласно ст. 128 ГК, – с другой, а также характеризуется определенной свободой, гарантированной как международным так и российским законодательством.

Общие гарантии свободы трудового договора, касающиеся в основном работников, закреплены в международном праве, в частности в Декларации МОТ «Об основополагающих принципах и правах в сфере труда и механизме ее реализации» от 18.06.98 г., и принятых Генеральной Ассамблеей ООН Всеобщей декларации прав человека от 10.12.48 г., Международных пактах «О гражданских и политических правах» от 16.12.66 г. и «Об экономических, социальных и культурных правах» от 18.09.73 г.

Основными нормативными правовыми актами законодательства Российской Федерации, содержащими такие гарантии, оценку норм которых необходимо сделать в рамках

нашего исследования, являются, безусловно, Конституция Российской Федерации, а также новый Трудовой кодекс Российской Федерации.

Конституция Российской Федерации в ст. 37 гарантирует свободу труда, что прежде всего понимается как свобода гражданина в заключении трудового договора. С другой стороны, существует и определенная свобода в заключении трудового договора со стороны работодателя. В частности, ст. 64 ТК хотя и запрещает необоснованный отказ в приеме на работу и дискриминационные требования работодателя при заключении трудового договора, но допускает существование исключений из этого правила, предусмотренных федеральным законом. Кроме того, в соответствии с ч. 3 ст. 3 ТК не является дискриминацией установление различий, исключений, предпочтений, а также ограничений прав работников, которое определяется свойственными данному виду труда требованиями, установленными федеральным законом, либо обусловлено особой заботой государства о лицах, нуждающихся в повышенной социальной и правовой защиты⁵⁸.

Также работодатель вправе заключить трудовой договор с условием об испытании работника (ст. 70–71 ТК), при неудовлетворительном результате которого работодатель имеет право расторгнуть трудовой договор без каких-либо основа-

⁵⁸ Аналогичная норма в ст. 16 прежнего КЗоТ РСФСР касалась различий, исключений, предпочтений и ограничений при приеме на работу.

ний, указанных в ст. 81 ТК.

Несмотря на очевидную близость трудового договора к гражданско-правовому как с точки зрения свободы, так и предмета, тождественность этих договоров, попытка обоснования которой будет предпринята ниже, оспаривается многими учеными. И сегодня, когда уже принят и вступил в силу новый Трудовой кодекс, к сожалению, так и не разрешивший вопроса соотношения этих договоров, данная проблема остается не менее острой, чем была до его принятия.

Среди сторонников регулирования трудовых отношений в рамках гражданского права можно назвать Л. В. Санникову, которая пишет о грядущем преобразовании трудового договора в гражданско-правовой договор найма труда.

Она критикует доводы противников объединения трудового и гражданского права в связи с традиционным пониманием в науке трудового права свободы сторон в установлении условий договора как произвола экономически сильной стороны, работодателя, так как, с ее точки зрения, такое отождествление свободы договора и свободы эксплуатации некорректно, поскольку принцип свободы договора является основным условием существования рынка труда – свободы в реализации человеком своих способностей к труду. По мнению Л. В. Санниковой, свобода в волеизъявлении сторон относительно условий договора, ограничиваемая рамками закона (ст. 422 ГК РФ), обусловит регулятивное воздействие договора найма труда на отношения найма труда, и лишь при

этом условии договорная форма применения труда перестанет быть фикцией, как в трудовом праве, а приобретет значение регулятора индивидуальных отношений найма труда, наряду с нормами права⁵⁹.

В. Ф. Яковлев хотя и относит трудовое право к частному праву, но говорит о его самостоятельности, так как, по его мнению, трудовое право отличают от гражданского подчиненность и экономическое неравенство сторон⁶⁰.

Несколько иначе мотивирует вывод о самостоятельности трудового права и трудового договора И. К. Дмитриева, утверждая, что в трудовом правоотношении существует неразрывная связь публично-правовых и частно-правовых начал, в связи с чем его невозможно отнести ни к публичному, ни к частному праву. По ее мнению, институт трудового договора как правовая форма согласования воли его участников на основе свободы труда свидетельствует о проявлении частно-правовых элементов в регулировании трудовых отношений, наличие же публично-правового элемента заключается в нормативном управлении определенным уровнем трудовых прав и гарантий для работника, ухудшение которых в трудовом договоре влечет недействительность тех его условий, которые ухудшают положение работника по

⁵⁹ Санникова Л. В. Договор найма труда в России. М., 1999. С. 86–87.

⁶⁰ Яковлев В. Ф. Россия: экономика, гражданское право (вопросы теории и практики). М., С. 144, 173.

сравнению с законодательством.⁶¹

Между тем, основные возражения против отнесения трудового договора к разряду гражданско-правовых со времен советского трудового права до сих пор сводились к трем группам.

Первые две группы возражений близки по характеру и связаны с тем, что, во-первых, предметом и основным содержанием трудовых отношений выступает сам процесс труда, так сказать, «живой труд», в то время как объектом имущественных отношений, например, по договору подряда выступает овеществленный труд, его результат, а во-вторых, по трудовому соглашению трудящийся обязуется выполнять работу определенного рода (по специальности, должности), в то время как в гражданско-правовых отношениях труд связан с выполнением индивидуально-конкретного задания.⁶² Однако подобные возражения правомерны только в отношении разграничения трудового договора и гражданско-правового договора подряда, но поскольку предметом нового гражданско-правового договора, именуемого договором возмездного оказания услуг, являются именно определенные действия или деятельность исполнителя, представляется, что актуальность упомянутых отличий уже утрачена, так

⁶¹ Проблемы, концепции и разработки нового Трудового кодекса РФ (Материалы конференции) // Государство и право. 2000. № 10. С. 59.

⁶² Советское трудовое право: Учеб. пособие для профсоюзных вузов / Под общ. ред. О. В. Смирнова. М., 1991. С. 30; Трудовое право. С. 21. См. также: *Брагинский М. И.* Договор подряда и подобные ему договоры. М., 1999. С. 13–14.

как договор возмездного оказания услуг может не содержать пунктов о передаче результатов труда и признаках индивидуальной определенности выполняемого по договору задания.

В качестве третьей группы возражений выдвигается утверждение о том, что трудовые отношения предполагают включение трудящегося в личный состав трудового коллектива предприятия (учреждения, организации), где он обязан выполнять установленную меру труда, соблюдать режим рабочего времени, подчиняясь имеющимся правилам внутреннего трудового распорядка, в противовес тому, что выполнение трудовых заданий по гражданско-правовым договорам всех этих атрибутов не предусматривает, т. е. гражданин выполняет трудовое задание по своему усмотрению и за свой риск⁶³.

Данное отличие отмечал еще Г. Ф. Шершеневич, говоря о договорах подряда и личного найма. В частности, он писал: «Рабочий предоставляет свой труд в распоряжение нанимателя и направляет его согласно указаниям последнего. Подрядчик же самостоятельно вырабатывает план достижения цели, которая ему указывается контрагентом... Подрядчик привлекает необходимую рабочую силу, становится посредником между рабочими и своим контрагентом. С рабочими он заключает договор личного найма и, пользуясь их трудом,

⁶³ Советское трудовое право. С. 30; Трудовое право. С. 21.

направляет его по своему усмотрению». ⁶⁴

Продолжая свои рассуждения, он писал: «Подрядчик обязывается не только сделать нечто, создать вещь, но и передать контрагенту какие-либо принадлежащие ему вещи, хотя бы их пришлось еще приобрести. Передаются такие вещи, которые имеют своим назначением служить созданию новой вещи. Подрядчик доставляет материал, приобретает необходимые орудия, платит и кормит рабочих, одним словом, выполняет работу на свой счет, или, как выражается наш закон, на свое иждивение. Этим признаком подряд приближается к поставке и отдаляется от личного найма». ⁶⁵

Однако многие из указанных отличий сегодня уже нельзя признать обоснованными, и не только в связи с выделением гражданско-правового договора возмездного оказания услуг, но и по причине утраты некоторыми из них универсализма при существующем разнообразии условий трудовых контрактов и гражданско-правовых договоров, определяемых в рамках предоставленной сторонам свободы договора.

Так, в соответствии со ст. 973 ГК РФ поверенный обязан исполнять данное ему поручение в соответствии с указаниями доверителя, которые должны быть правомерными, осуществимыми и конкретными. Согласно ст. 748 ГК РФ заказчик по договору строительного подряда вправе осуществлять контроль и надзор за ходом и качеством выполнения

⁶⁴ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 372.

⁶⁵ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 372.

работ, соблюдением сроков их выполнения, правильностью использования подрядчиком материалов заказчика. Аналогичная норма содержится и в ст. 715 ГК, т. е. в рамках гражданско-правового договора может быть регламентирована не только сдача-приемка результата работ, но и сам процесс выполнения этих работ по договору.

С другой стороны, возможно заключение трудового договора на время выполнения временных, сезонных работ, а также на время выполнения заведомо определенной работы (ст. 59 ТК); кроме того, допустима сдельная оплата труда по трудовому договору (ст. 150 ТК) как вознаграждение, причитающееся работнику за изготовление им единицы продукции или выполненную операцию надлежащего качества. А в соответствии со ст. 156 ТК полный брак, допущенный по вине работника, вообще не подлежит оплате. Таким образом, риск изготовления бракованной продукции лежит уже на исполнителе (работнике), как собственно и в договоре подряда⁶⁶.

Также, очевидно, уже нельзя выделять и такое отличие от трудового договора, как выполнение подрядчиком работы «на свой счет», так как установленная в ст. 704 ГК норма о выполнении работы по договору подряда иждивением подрядчика является диспозитивной, и, следовательно, договором подряда может быть предусмотрено предоставление заказчиком материалов и средств, необходимых для выпол-

⁶⁶ Подобные нормы действовали и ранее: ст. 17, 105 и 93 КЗоТ РСФСР.

нения работ (ст. 713 ГК). Нет никаких препятствий против включения в договор подряда и условий об обеспечении заказчиком надлежащих условий труда, например в рамках содействия заказчика по ст. 718 ГК.

Конечно, регламентация форм и способов контроля работодателя за трудом работника в трудовом законодательстве более подробна и многообразна, чем в гражданском, но такое количественное превосходство при отсутствии качественной разницы в возможности их существования не свидетельствует, по нашему мнению, о принципиальности различий рассматриваемых двух видов договоров.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.