

В. С. Белых

ПРАВОВОЕ
РЕГУЛИРОВАНИЕ
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ
ДЕЯТЕЛЬНОСТИ
В РОССИИ

МОНОГРАФИЯ



• ПРОСПЕКТ •

Владимир Сергеевич Белых
Правовое регулирование
предпринимательской
деятельности в
России. Монография

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=21555604

Издательство "Проспект"; 2014

ISBN 9785392013296

Аннотация

Книга знакомит читателя с актуальными проблемами современного предпринимательского права. В работе рассматриваются научные теории (концепции) предпринимательского права, его место в российской правовой системе, вопросы совершенствования предпринимательского законодательства, субъекты предпринимательского права, правовой режим имущества, несостоятельность (банкротство), основания и пределы государственного регулирования отдельных видов предпринимательской деятельности и др. Для студентов, аспирантов и преподавателей юридических и экономических вузов, а также всех, кто интересуется данной темой.

Содержание

ВМЕСТО ПРЕДИСЛОВИЯ	4
Глава 1	6
§ 1. К вопросу о понятии предпринимательского права	7
§ 2. Рыночная экономика и дуализм права	29
§ 3. Предпринимательская деятельность как предмет правового регулирования	53
§ 4. Методы предпринимательского права	96
§ 5. Принципы предпринимательского права	106
Глава 2	148
§ 1. Понятие и виды источников предпринимательского права	149
§ 2. Предпринимательское законодательство и основные направления его совершенствования	170
Конец ознакомительного фрагмента.	194

В. С. Белых
ПРАВОВОЕ
РЕГУЛИРОВАНИЕ
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ
ДЕЯТЕЛЬНОСТИ
В РОССИИ
Монография

ВМЕСТО ПРЕДИСЛОВИЯ

Замысел написать монографическое исследование, посвященное актуальным проблемам теории и практики правового регулирования предпринимательства, возник несколько лет назад. Однако каждый раз осуществлению его мешали всякого рода обстоятельства. В частности, я опубликовал несколько учебно-практических пособий, кратких учебных курсов, что, безусловно, повлияло на сроки исполнения задуманного.

Таким образом, путь к подготовке и опубликованию на-

стоящей книги не был простым и коротким. Но вряд ли я могу сказать, что это было потерянное время. Напротив, многие теоретические положения написанных научных статей, учебных пособий, кратких учебных курсов легли в основу представленной читателю книги, которая в буквальном смысле этого слова выстрадана ее автором. Но «страдал» не только я, в какой-то мере это чувство испытывали все те, кто окружает меня. Понятно, что в связи с такой большой работой я оставлял без достаточного внимания моих многочисленных учеников, коллег по кафедре предпринимательского права, заведующим которой я являюсь с сентября 1995 г.

Но больше всего досталось моей семье, прежде всего жене, Ларисе Алексеевне, а также сыновьям. Вместо походов в кино, театр или прогулок в целях укрепления здоровья они на протяжении длительного времени видели меня за компьютером. И терпеливо ждали, когда все это закончится. Хотя прекрасно понимали, что завершение данного монографического исследования ничуть не означает, что их «мучения» на этом закончатся. Впереди – очередная работа.

Поэтому, пользуясь своим правом автора, приношу всем моим родным и близким, коллегам по кафедре предпринимательского права извинения за причиненные неудобства и мою искреннюю благодарность за помощь и поддержку в процессе подготовки и написания книги.

Глава 1
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ
ПРАВО В РОССИЙСКОЙ
СИСТЕМЕ ПРАВА

§ 1. К вопросу о понятии предпринимательского права

С переходом российской экономики на рыночные отношения произошли существенные изменения и в сфере правового регулирования. Командно-административная система, основой которой было огосударствление экономики и ограничение самостоятельности участников имущественных отношений, в настоящее время уступают свои позиции рыночным регуляторам. В этой связи заметно повышается роль частно-правового регулирования общественных отношений.

Идеи частного права получили закрепление в новом Гражданском кодексе, который некоторые ученые именуют и «кодексом цивилизованного рынка», и «рыночной конституцией», и «первым среди равных». Однако дело не только в хвалебных словах, высказанных в адрес этого уникального продукта цивилистической мысли.

Действительно, принятие нового ГК – это исключительное по своей значимости событие в процессе реформирования нашего общества и российской правовой системы. Часть первая ГК РФ, введенная в действие с 1 января 1995 г. (гл. 4 – с момента официального опубликования, т. е. с 8 декабря 1994 г.), представляет принципиально новый законода-

тельный акт, призванный оказать значительное воздействие на развитие рыночных отношений в России и формирование частного права. Первая часть ГК РФ – главная, ее идеям и принципам подчинены вторая и третья части. Без первой части Гражданского кодекса РФ не могут быть поняты институты и правила остальных его частей^[1].

Вот почему сформулированные в Кодексе основные положения (правила) являются, на наш взгляд, исходной базой для уточнения и переосмысления современных теорий правового регулирования экономики, в том числе и концепции предпринимательского права.

В литературе отсутствует единство мнений среди ученых по вопросу об определении понятия предпринимательского права. Равно как и не было и нет до сих пор (хотя острота и дискуссионность заметно спали) однополярности взглядов в отношении права хозяйственного. Прежде чем обратиться к рассмотрению современных концепций предпринимательского права, сделаем небольшой исторический экскурс, дабы напомнить читателю об истоках теоретических разногласий.

В свое время проф. О. А. Красавчиков, подводя итоги проблемам правового регулирования хозяйственной жизни, выделил пять основных концепций хозяйственного права, каждая из которых отличалась и оригинальностью взглядов ученых и соответствовала реальной действительности на определенном этапе развития советского государства^[2].

В первые годы советской власти, когда произошел слом

царской государственной машины и ниспровержение старого права, отмечается отрицательное отношение ко всякому праву. Действительно, зачем нам закон (право), если у нас есть диктатура пролетариата. **Концепция «отрицания правового регулирования хозяйственной деятельности»** открывает своеобразную пирамиду теоретических воззрений. Она предшествует концепции «двухсекторного права».

Такие взгляды получили отражение особенно в работах проф. А. Г. Гойхбарга. В порядке иллюстрации его рассуждений о сущности права приведем высказывание авторитетного ученого. Вот что он писал в далеком 1924 году: «Всякий сознательный пролетариат знает... что религия – опиум для народа. Но редко... осознает, что право есть еще более отравляющий и дурманящий опиум для того же народа»^[3]. Как говорится, здесь слов не надо. Правовой нигилизм оказался уживчивым: он не был преодолен в советской системе и в значительной мере сохранился до сих пор. Он дает о себе знать во всех сферах общественной жизни.

Любопытная деталь из жизни известного ученого дополняет его научные взгляды. 20 мая 1920 г. в Омске начался судебный процесс по делу о контрреволюционной деятельности членов правительства под председательством бывшего верховного правителя России адмирала Колчака. Обвинителем на этом процессе выступал проф. А. Г. Гойхбарг^[4].

Основоположник теории «двухсекторного права» –

видный государственный и общественный деятель П. И. (Петерис Янович) Стучка, который различал гражданское и хозяйственно-административное право, регулировавшее различные секторы экономики того времени. Согласно данной концепции, хозяйственно-административное право регулирует отношения, складывающиеся в социалистическом секторе экономики; тогда как сфера применения гражданского права – частный (читай: буржуазный) сектор экономики. По мнению автора концепции и ее сторонников, между указанными секторами и соответственно между хозяйственно-административным и гражданским правом идет антагонистическая классовая борьба (видимо, до победного конца. – В. С.).

Не трудно определить исход этой борьбы: с отмиранием частного сектора экономики канет в Лету и гражданское право. И наоборот, хозяйственно-административное право призвано регулировать социалистические отношения, для которых характерны плановость и подчиненность. Отсюда приоритетное направление – развитие науки хозяйственного права, а также хозяйственно-административного законодательства.

Именно П. И. Стучка стоял у истоков концепции хозяйственно-административного права. Однако, будучи юристом высокого теоретического уровня, он последовательно отстаивал необходимость формирования в условиях диктатуры пролетариата гражданского права нового типа^[5]. По мысли

ученого, гражданское право должно регулировать отношения, построенные на неплановых, «анархических» началах. К их числу относились отношения частного сектора, а также ряд межсекторных отношений (на стыке частного и социалистического секторов).

Как видно, сторонники концепции «двухсекторного права» провозглашали господствующую роль хозяйственно-административного права в регулировании социалистической экономики и умаляли, а порой сводили на нет значение гражданского права. Хотя, с другой стороны, П. И. Стучка отождествлял гражданское и хозяйственное право в регулировании хозяйственной деятельности, основанной на плане. «Единому госплану должна соответствовать сложная, единая организация производства, единая система общественных отношений, одним словом, единое советское гражданское или хозяйственное право»^[6].

Теория двухсекторного права – весьма противоречивая научная доктрина. Ее сторонники в ожидании скорого отмирания гражданского права (вместе с отношениями частной собственности) и замены его новым хозяйственно-административным правом в 1931 г. предложили разработать и издать Основы гражданского законодательства СССР.

Довоенная (единая) теория хозяйственного права появилась на свет благодаря стараниям двух крупных ученых советского периода – Е. Б. Пашуканиса и Л. Я. Гинцбурга. Стремясь преодолеть недостатки и устранить проти-

воречия концепции «двухсекторного права», представители рассматриваемой теории впали, со слов О. А. Красавчикова, в другую крайность. Они объединили в рамках хозяйственного права отношения не только между социалистическими организациями, но и между гражданами. Отсюда гражданин (частное лицо) был низведен до уровня потребителя^[7]. Правда, возникает вопрос: в чем выражается указанная крайность? В том, что частное лицо получило статус потребителя?

Теоретическая база довоенной концепции хозяйственного права заключалась в единстве: источника (диктатура пролетариата), цели (построение коммунистического общества), экономической основы (социалистическая собственность), организации и регулировании отношений во всех сферах народного хозяйства. Кстати, в дальнейшем указанное единство будет широко использоваться представителями других теорий хозяйственного права, хотя в большинстве случаев без каких-либо ссылок на своих предшественников. Интересная деталь, не так ли?

В советской юридической литературе предпринята попытка, направленная на ревизию идей довоенной концепции хозяйственного права. Так, по мнению О. С. Иоффе, под наименованием «хозяйственное право» якобы скрывалось советское гражданское право. «Изменение терминологии явилось не более чем известной данью меновой концепции: раз гражданское право неотрывно от частнособственнических

меновых отношений, то одновременно с почти полной их ликвидацией речь должна уже идти не о гражданском, а о хозяйственном праве»^[8].

Вряд ли можно согласиться с таким утверждением на все сто процентов. Использование представителями довоенной концепции хозяйственно-правовой терминологии не носит, на наш взгляд, случайного характера. Развитие правовой мысли в СССР происходит на фоне продолжающейся классовой борьбы и антагонистических противоречий между социалистическим хозяйственно-административным и буржуазным гражданским правом. Иначе говоря, теоретические взгляды ученых подгоняются под объективно складывающиеся отношения в советской планово-командной системе. Жить в обществе и быть свободным от него нельзя. За инакомыслие в те годы можно было поплатиться жизнью.

В условиях культа личности данная теория была объявлена вредительской, а ее некоторые сторонники – репрессированы^[9]. В 1937 г. Е. Б. Пашуканис, будучи заместителем наркома юстиции СССР, был признан врагом народа и расстрелян.

В довоенные годы появились и такие теории правового регулирования экономических отношений, как торгово-промышленное право, хозяйственно-административное право и др.

Теория единого хозяйственного права, по большому счету, не имела нового научного взгляда, а рассматривалась в

качестве своеобразной реакции ученых-цивилистов на концепцию «двухсекторного права». С методологической точки зрения эта теория не представляла какой-либо опасности для цивилистических устоев. Не случайно она в целом положительно воспринимается представителями науки гражданского права, хотя отдельные ее положения подвергались, как уже пишут современные исследователи, серьезной критике.

Думается, что для этого нет достаточных оснований. Ознакомление с содержанием двухтомного курса советского хозяйственного права под редакцией Е. Б. Пашуканиса и Л. Я. Гинцбурга показывает, что в нем излагается традиционная гражданско-правовая тематика (субъекты, сделки, исковая давность, право собственности и др.). Возможно, эта группа ученых ориентировалась на объективное «перерождение» гражданского права (здесь хозяйственное право в известной мере как бы совпадало с гражданским). Дух «меновой концепции» преследовал и сторонников теории единого хозяйственного права. Последнее (право), являясь особой формой политики пролетарского государства в области организации управления хозяйством, представляло собой промежуточную ступень отмирания права вообще. Право постепенно утрачивало свои регулятивные свойства и превращалось в систему (неправовых) знаний об организационной структуре социалистического хозяйства.

В те далекие времена наблюдается бурный расцвет цивилистической мысли. На юридическом небосклоне появились

такие выдающиеся ученые-цивилисты, как М. М. Агарков, С. И. Аскназий, С. Н. Братусь, А. В. Венедиктов, А. М. Венавер, Д. М. Генкин, О. С. Иоффе, И. Б. Новицкий, В. К. Райхер, В. И. Серебровский, Е. А. Флейшиц, Р. О. Халфина, Б. Б. Черепахин и др. Отметим, что некоторые из них – это дореволюционные деятели науки. Например, профессор Генкин Дмитрий Михайлович свою научную и педагогическую деятельность начал еще до Октябрьской революции, «...проявив себя прогрессивным и талантливым ученым и педагогом. Однако в полной мере его творческие и организаторские способности раскрылись в советское время»^[10].

Наибольший резонанс в юридической среде вызвала **«послевоенная концепция хозяйственного права»**. Ее авторы – В. В. Лаптев, В. К. Мамутов, Г. М. Свердлов, В. С. Тадевосян и др. – пришли к выводу о существовании хозяйственного права в качестве самостоятельной отрасли, имеющей свой предмет и особый метод правового регулирования единых хозяйственных отношений.

Впервые в правовой науке была сформулирована модель правового регулирования социальных связей, возникающих на основе синтеза «горизонтальных», «вертикальных» и внутривозрастных отношений. Если горизонтальные отношения, по мнению представителей данной концепции, возникают между хозяйствующими субъектами, то вторые – между субъектами и органами государственной власти и местного самоуправления. В последнюю группу входят внут-

рихозийственные отношения, складывающиеся между подразделениями предприятий.

Эта концепция сочетала элементы публичного и частного права, что давало возможность обосновать расширение прав государственных предприятий в рамках обязательных для них плановых заданий^[11]. Сторонники «послевоенной теории хозяйственного права» внесли весомый вклад не только в исследование теоретических проблем хозяйственного права (что само по себе имеет важное значение), но и в разработку основополагающих хозяйственно-правовых актов, регулирующих в свое время (при проведении экономической реформы 1965 г.) те или иные вопросы в сфере хозяйствования. Поэтому вряд ли можно признать справедливыми оценки теории хозяйственного права со стороны некоторых представителей цивилистического типа правового регулирования экономики, которые рассматривают теорию исключительно в качестве продукта и защитника советской партийно-плановой системы.

Данная теория, особенно в свете разработки проекта Хозяйственного кодекса СССР, вызвала настоящий переполох среди ученых-цивилистов. Научное (и не только) противостояние между сторонниками и противниками концепции хозяйственного права продолжалось несколько десятилетий. Об указанном противостоянии красноречиво пишет проф. С. С. Алексеев, известный ученый и государственный деятель, описывая события, связанные с подготовкой и приня-

тием первой части нового Гражданского кодекса России. «В начале 1993 года под эгидой правительственной инстанции в престижном Президент-отеле состоялась конференция сторонников хозяйственно-правовой концепции и там усиленно пропагандировалась идея о двух частных правовых сферах: одна – для отдельных граждан, другая – для предприятий (т. е., по сути дела, возрождалась идея «двухсекторного права», которая в 20–30-х годах разрабатывалась сторонниками плановой социалистической экономики). Наконец, и в одном из президентских документов оказалась строчка о том, что наряду с Гражданским кодексом надлежит подготовить Предпринимательский кодекс»^[12].

С переходом российской экономики на рыночные отношения произошли и происходят в настоящее время существенные изменения в теории правового регулирования соответствующих отношений. Концепция хозяйственного права, разработанная в прошлые (доперестроечные) годы ее сторонниками, уступает свои теоретические позиции под массивным натиском представителей цивилистического типа правового регулирования. Такой вывод небезоснователен; достаточно обратиться к обзору последних публикаций по данной проблеме.

На страницах экономической газеты С. С. Алексеев бросает упрек в адрес теории хозяйственного права, рассматривая ее в качестве продукта и защитника советской партийно-плановой системы^[13]. Однако в 1987 г. этот же ученый

предлагал (совместно с В. Ф. Яковлевым и М. К. Юковым) разработать проект Основ хозяйственного законодательства.

Несколько раньше, в 1963 г., С. Н. Братусем и С. С. Алексеевым была выдвинута концепция «хозяйственно-административного права». Ее авторы как бы с горечью констатируют: «У многих административистов, в частности у авторов учебников и учебных программ, сложилось представление об ограниченной роли административного права в регулировании отношений, связанных с хозяйственным строительством. Научный анализ, проводимый в рамках исследований по административному праву, обычно обрывается там, где он в действительности должен бы лишь развертываться: он ограничивается некоторыми общими вопросами построения органов хозяйственного управления, принципов их деятельности и др., но не идет вглубь административно-правового регулирования отношений в области социалистического хозяйства. Здесь образовалась некая «мертвая зона» в научных исследованиях и преподавании правовых дисциплин в юридических учебных заведениях»^[14].

Представители названной концепции считают, что выход из сложившейся ситуации – формирование особой подотраслевой науки хозяйственно-административного права. Именно она служит организационной предпосылкой к исследованию административно-правового регулирования хозяйственных отношений.

По этому поводу О. А. Красавчиков со свойственной ему

едкой (не без сарказма) манерой изложения мысли отмечает: «С тех пор как была высказана эта точка зрения, прошло немало лет. Однако каких-либо существенных изменений в развитии исследований в области «хозяйственно-административного права» со стороны представителей науки административного права не произошло. Они стали уделять больше внимания вопросам управления народным хозяйством, но концепцию «хозяйственно-административного права» практически не восприняли»^[15]. Она оказалась не востребованной и в настоящее время, а лишь украшает список теорий правового регулирования социалистической экономики.

Среди хозяйственно-правовых концепций особое место принадлежит теории «комплексной отрасли права». Еще в 1947 г. В. К. Райхер предложил различать в пределах системы советского права две категории отраслей – основные и комплексные. Эта идея понравилась и получила дальнейшее развитие в научных трудах О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородского, Ю. К. Толстого и др.

Идея комплексных отраслей рассматривалась и с общетеоретических, и с отраслевых позиций. С. С. Алексеев, проводя разграничение между гражданским хозяйственным правом и административным хозяйственным правом, выделял хозяйственное право как вторичную структуру в системе права. Он считает, что «содержание комплексной отрасли складывается из специальных норм, обладающих пред-

метным и известным юридическим единством. Но каждая из этих норм имеет главную «прописку» в той или иной основной отрасли, входит в обеспечиваемый ею юридический режим»^[16].

Спорным является вопрос о критериях отнесения того или иного нормативного массива (образования) к категории «комплексная отрасль права». Развернутые признаки комплексных отраслей содержатся в работах проф. Ю. К. Толстого^[17]. В частности, он видит следующие признаки, позволяющие разграничивать основные и комплексные отрасли. Если основные отрасли обладают предметным единством, то комплексные – нет. Во-вторых, основные отрасли не должны включать нормы других отраслей права. И наоборот, комплексные отрасли гармонично сочетают нормы различных отраслей права. В-третьих, основные отрасли имеют специфический метод правового регулирования общественных отношений. У комплексных отраслей такой метод отсутствует.

Проф. О. А. Красавчиков, критикуя теорию комплексных отраслей, считает, что Ю. К. Толстой необоснованно применяет термин «отрасль» к явлению, которое таковым не является. Двухзначность термина «отрасль» создает неправильные представления, своего рода иллюзии о том, что, хотя комплексная отрасль и не является основной (самостоятельной), тем не менее все-таки это отрасль. Вместе с тем отнесение хозяйственного права к числу комплексных отраслей,

т. е. отраслей, «сфабрикованных» по чисто субъективным признакам или устремлениям, ликвидирует всякую возможность поиска любого единства на любом уровне взаимодействия норм хозяйственного права. По мнению ученого, этот недостаток концепции комплексных отраслей был подмечен уже в первой половине шестидесятых годов^[18].

Несколько оригинально, хотя и весьма неопределенно, выглядит **теория хозяйственного права как «нормативного массива»**, выдвинутая О. А. Красавчиковым^[19]. Оно (право) рассматривается в качестве совокупности норм институтов советского социалистического права, которые взаимодействуют в регулировании хозяйственной деятельности. Такая трактовка хозяйственного права едва ли дает какие-либо четкие критерии для определения и раскрытия сущности данного правового явления.

Ностальгия по прошлому и отголоски той борьбы, которая имела место между представителями цивилистической и хозяйственно-правовой школ, дают о себе знать до сих пор. Так, в порыве полемического задора проф. Г. К. Матвеев, исповедующий цивилистические начала в правовом регулировании экономических отношений, предлагает упразднить не только науку хозяйственного права, но и преподавание этой дисциплины. По его мнению, следует также упразднить и кафедры хозяйственного права, созданные в юридических институтах и на юридических факультетах универси-

тетов^[20]. Таким образом, предлагается в духе 1937 г. радикально решить давний научный спор и покончить с хозяйственным правом во всех его проявлениях. Как говорится, лучшее средство от головной боли – это гильотина.

Такая позиция (это тоже позиция), на наш взгляд, носит не совсем научный характер и оскорбительна для ученого. Действительно, время запретов и репрессий в науке прошло безвозвратно^[21]. Однако, уважаемый академик В. В. Лаптев ошибся.

Министерством науки и технологий РФ (приказ от 25 января 2000 г. № 17/4) утверждена новая номенклатура специальностей научных работников, в которой не нашлось места специальности 12.00.04 – предпринимательское право; арбитражный процесс. Она (специальность) плавно «перекочевала» в специальность 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право. Иначе говоря, теоретические споры о наличии или отсутствии предпринимательского права решены административным путем. Научная специальность «Предпринимательское право» получила (благодаря лоббированию группы московских ученых-цивилистов) «юридическую прописку» в семействе частного права. Коль так, о чем спорить и дискутировать. Некоторым утешением для представителей теории предпринимательского права может служить то, что названная специальность сохранила свою относительную самостоятельность и не растворилась в специаль-

ности «Гражданское право», хотя такая перспектива была в ходе обсуждения и согласования номенклатуры специальностей с руководителями и членами рабочих групп.

Вслед за этим последовали и другие административные решения. Так, под видом «укрупнения» были упразднены диссертационные советы по специальностям 12.00.04 и 12.00.12.

Подводя итог краткому обзору теорий правового регулирования отношений в сфере хозяйствования, можно сделать **следующие выводы.** **Во-первых** отметим, что живой интерес ученых различных взглядов и убеждений к теоретическим проблемам хозяйственного права был обусловлен прежде всего объективными причинами, связанными с реальными потребностями социалистической экономики. В поисках научной истины были сформулированы концепции хозяйственного права при активном участии и ученых-цивилистов. **Во-вторых**, современные теории предпринимательского (коммерческого, торгового) права во многом predetermined научными концепциями прошлых лет и могут при определенных обстоятельствах рассматриваться в качестве продолжения и интерпретации последних, с учетом новейших достижений правовой мысли. Мы уже писали выше, что теория правового нигилизма оказалась крайне живучей. В реальной действительности можно обнаружить достаточно примеров, наглядно свидетельствующих о фактах грубого попирания законов и правового беспредела. Знаме-

нитый призыв «Обогащайтесь!» любимца партии Н. И. Бухарина оказался на редкость пророческим. Современная Россия, пережившая тотальную приватизацию государственного и муниципального имущества, серию скандальных процедур банкротства, приобрела дурную славу страны, где балом правят чиновничий произвол и беззаконие.

Наряду с правовым нигилизмом широкое распространение в российском обществе, особенно в юридических кругах, получила и другая крайность – правовой фетишизм. На фоне фетишизации законов, выражающейся в явной переоценке государственной «силы закона», наблюдается очередной нормотворческий бум. Вместе с тем роль права в регулировании экономических отношений не следует абсолютизировать и выдвигать на передний план. Закон – это акт юридический, и этим определяется его сила воздействия на экономику. Законодательный акт не способен отменить и заменить реальные экономические и социальные связи^[22]. На это обращают внимание и сторонники новых подходов в исследовании правовой действительности, и представители традиционных взглядов и учений.

Теперь перейдем к исследованию **вопроса о предпринимательском праве**. В первую очередь, необходимо разобраться в понятийном аппарате. Дело в том, что в юридической литературе нередко понятия «предпринимательское право», «торговое право» и «коммерческое право» рассматриваются в качестве синонимов. Практически ставит знак

равенства между указанными понятиями В. Ф. Попондопуло, с точки зрения которого предпринимательское (торговое, коммерческое) право – это составная часть гражданского права^[23].

Аналогичной позиции придерживается В. В. Ровный, который, исходя из тождественности предпринимательской и коммерческой деятельности, приходит к выводу о терминологическом единстве предпринимательского и коммерческого права^[24].

В свою очередь, А. Г. Быков, проводя разграничение между торговым и предпринимательским правом, считает, что первое является основой последнего. По мнению ученого, если торговое право носит частный характер, то предпринимательское право представляет собой право государственно-регулируемой и социально ориентированной рыночной экономики^[25]. Иначе говоря, предпринимательское право сочетает публично-правовые и частно-правовые начала. Забегая вперед, мы также считаем, что предпринимательское право есть конгломерат частно-правовых и публично-правовых начал в регулировании общественных отношений.

За отграничение предпринимательского права от коммерческого выступает В. А. Семеусов^[26]. Однако при этом он, по существу, отождествляет коммерческое право с договорным, определяя его место в системе гражданского права, а предпринимательское право рассматривает с известных по-

зиций хозяйственно-правовой теории.

Ряд ученых предлагают провести разграничительную линию между предпринимательским, коммерческим и торговым правом, но лишь на уровне учебных дисциплин. Проф. Е. А. Суханов указывает на необходимость разграничения в целях преподавания хозяйственного и торгового права, поскольку концепция хозяйственного права родилась намного позднее торгового права^[27].

Авторский коллектив курса лекций «Предпринимательское право», не вдаваясь в теоретические суждения по поводу сущности предпринимательского права, считает, что данный термин носит весьма условное значение и охватывает в комплексе различные, но взаимосвязанные правовые институты, с которыми предприниматели сталкиваются в своей деятельности^[28]. Эти авторы подобным утверждением и ограничили собственное видение проблем предпринимательского права как учебной дисциплины. Такой же точки зрения придерживаются и другие ученые.

Несколько оригинальная (на первый взгляд) точка зрения принадлежит С. Э. Жилинскому. В курсе лекций он предлагает использовать понятие «правовая основа предпринимательства» как наиболее предпочтительное перед другим названием – «предпринимательское право»^[29]. При этом автор говорит о каком-то узконормативном правопонимании курса «Правовая основа предпринимательства», который пол-

ностью включает и «Предпринимательское право».

Спорен и **вопрос о юридической природе предпринимательского права**. Господствующим является мнение, согласно которому предпринимательское право есть составная часть гражданского права. Оно не имеет предмета и метода правового регулирования в их традиционном понимании, а также особых принципов в сфере предпринимательской деятельности^[30]. Практически здесь речь идет о коммерческом праве.

Сторонники концепции хозяйственного права неодинаково трактуют понятие «предпринимательское право». Так, В. В. Лаптев отмечает, что при переходе к рыночной экономике ощутимо повышается роль хозяйственного права, которое становится правом предпринимательской деятельности^[31]. Иначе говоря, ставится знак равенства между понятиями «хозяйственное право» и «предпринимательское право» со всеми вытекающими отсюда научными выводами и практическими последствиями.

Такая позиция критикуется не только цивилистами (в критике теории предпринимательского права используются в основном аргументы из арсенала научной полемики прошлых лет). Она не разделяется и некоторыми сторонниками теории хозяйственного права. Например, В. К. Мамутов считает, что предмет хозяйственного права включает и предпринимательскую, и иную деятельность в области хозяйст­вова-

ния^[32].

Представители школы гражданского права считают, что исходные позиции сторонников хозяйственного (предпринимательского) права остались в своей основе прежними. По мнению М. И. Брагинского, авторы, разделяющие хозяйственно-правовые взгляды, вынуждены облекать соответствующие идеи в несколько иную форму, сохраняя, однако, их существо, а именно: возможность регулирования горизонтальных и вертикальных отношений в едином законе^[33].

И, наконец, в литературе было высказано мнение о том, что предпринимательское право есть **комплексная отрасль (образование)**, регулирующая особого рода отношения в сфере хозяйствования^[34]. Наряду с первичными структурами права существуют вторичные, третичные образования. Эта точка зрения имеет своих сторонников и противников.

Считаем, что вопрос о юридической природе предпринимательского права и о его месте в российской правовой системе нельзя определить, не уяснив до конца два принципиальных момента. Первый – это явление дуализма в праве, породившее научный ажиотаж. Вторым моментом связан с разграничением таких понятий, как предпринимательская деятельность, коммерческая деятельность и торговая деятельность.

§ 2. Рыночная экономика и дуализм права

Как известно, правовой дуализм нашел широкое применение в правовых системах многих стран мира. Основной формой его выражения является деление права на публичное и частное. Оно (деление) рассматривается большинством ученых в качестве очевидного и фундаментального. Однако ряд ученых не видят в этом делении ничего фундаментального и очевидного. К тому же большие трудности подстерегают исследователя на пути отыскания критериев для подобного размежевания.

За последние годы заметно возрос теоретический интерес к публикациям по данной проблематике. На эту тему пишут представители общей теории права, а также ученые, избравшие своим предметом исследования отдельные вопросы отраслевой науки^[35]. В какой-то мере писать об этом стало модно, а все модное привлекает и в конечном итоге становится объектом оживленной научной дискуссии.

Но дело не только в моде. Соотношение публичного и частного права имеет и практическое значение, так как в правоприменительной практике субъектам права необходимо руководствоваться конкретными нормами, обладающими отраслевой принадлежностью. На этом фоне существуют

режимы публичного и частного права.

Надо согласиться с мнением С. С. Алексеева о том, что публичное и частное право – это не отрасли, а целые сферы, зоны права (суперотрасли). Причем такое деление права не только и, пожалуй, даже не столько классификационное, сколько концептуального порядка. Оно касается самих основ права, его места и роли в жизни людей, его определяющих ценностей^[36]. С этой точки зрения выделение публичного и частного права в их чистом виде позволяет провести разграничение между ними и соответствующими отраслями объективного права.

На наш взгляд, деление права на публичное и частное представляет собой **соотношение различных, порой диаметрально полярных, правовых начал**. В правовой действительности указанное соотношение имеет несколько уровней. Эти начала можно проследить и на уровне отраслей права и законодательства, и на уровне правовых институтов, и отдельно взятой нормы. Элементы «публичного» встречаются в таких основных институтах гражданского права, как физические и юридические лица, сделки (в том числе договор), собственность.

Деление права на публичное и частное – архисложный вопрос. И не только в теоретическом плане. Достаточно сказать, что в одних странах дуализм в праве формально закреплен в законодательных актах, в других (например, в России) – нет. Граница между публичным и частным пра-

вом проходит главным образом по отраслям. В публичное право входят конституционное, административное, финансовое, уголовное право, уголовный и гражданский процесс и др.

Частным является в первую очередь гражданское право. По мнению Е. А. Суханова, в систему частного права (наряду с крупными частями гражданского права) включаются также семейное, торговое (коммерческое), международное частное право^[37]. У него гражданское и частное право совпадают. В одной из последних публикаций он пишет: «Из гражданского права в качестве самостоятельных правовых отраслей выделились семейное и трудовое право, а «на стыке» гражданского и административного права возникли земельное и природоресурсное право. Позднее было создано колхозное (впоследствии – сельскохозяйственное) право, которое соединило в себе черты гражданского, трудового и отчасти административного права и в силу этого считалось «комплексной правовой отраслью», а затем возникло такое же комплексное (межотраслевое) экологическое (природоохранное) право. Из трудового права, в свою очередь, выделилось право социального обеспечения. Были также попытки обособления международного частного права, призванного регулировать частно-правовые отношения с «иностранным элементом». Все эти правовые образования составляли «семью» цивилистических (а по сути – частно-правовых) отраслей прежнего порядка»^[38].

В литературе была высказана иная точка зрения. Так, по мнению Т. В. Кашаниной, в состав частного права входит семь подразделений: гражданское право, наследственное право, семейное право, авторское право, изобретательское (патентное) право, трудовое право, предпринимательское право с его ядром – корпоративным правом^[39].

Некоторые отрасли и институты права содержат одновременно элементы публичного и частного права. К их числу относят, например, морское, трудовое и аграрное право^[40]. Именно на стыке публичного и частного права происходит, по нашему мнению, формирование предпринимательского права как комплексного образования (лучше, чем комплексная отрасль). Добавим: и не только его. Становление и развитие земельного, аграрного, природоресурсного и экологического права также обусловлены воздействием двух начал: публично-правового и частного-правового. Идея о формировании комплексных отраслей права и законодательства на границе публичного и частного права актуальна и для так называемого социального права (трудового, пенсионного и др.).

Соглашаясь с тем, что конструкция системы частного права, представленная Е. Л. Сухановым, имеет большой интерес, в то же время Т. В. Кашанина весьма критически оценивает существование в системе частного права такого аморфного напластования, как общие положения. По ее мнению, международное частное право также стоит в данной класси-

фикации обособленно и не вписывается в систему частного права^[41]. При этом она применяет в качестве системообразующих факторов предмет и метод правового регулирования общественных отношений.

С другой стороны, Т. В. Кашанина считает, что граница между публичным и частным правом нечеткая и в настоящее время еще больше размывается. Есть отрасли права, в отношении которых нельзя со всей определенностью сказать, какие начала (частные или публичные) в них преобладают. К их числу относится, например, природоресурсное право^[42]. Хотя, с точки зрения названного автора, природоресурсное право имеет «публично-правовую прописку».

Н. Д. Егоров, соавтор учебника по гражданскому праву, считает, что в настоящее время природоресурсное (а не природоресурсное)^[43] право входит в предмет гражданского права^[44]. Подтверждением служит гл. 17 ГК РФ «Право собственности и другие вещные права на землю».

Что касается трудового права, то и здесь наблюдается усиление частно-правовых начал. Вместе с тем можно утверждать (со слов Н. Д. Егорова), что трудовое законодательство в равной степени опирается на частно-правовые и публично-правовые начала, т. е. является комплексным^[45]. Обусловлено это компромиссом, который якобы был достигнут в Государственной Думе РФ при обсуждении Трудового кодекса РФ.

Интересный поворот: не было бы компромисса – не быть трудовому законодательству комплексным. И еще одно замечание. Когда речь идет о природоресурсном праве, то оно (право) характеризуется как совокупность гражданско-правовых норм. В отношении трудового права крен сделан в сторону законодательства. Почему бы не назвать трудовое право своим именем – «комплексная отрасль права»?^[46] Или это сделать нельзя, поскольку трудовое право превратилось в самостоятельную отрасль права, где гармонично сочетаются частно-правовые и публично-правовые начала в регулировании трудовых отношений? Получается какой-то замкнутый круг. Остается лишь одно: прислушаться к авторитетному мнению цивилистов и присоединить трудовое право к семейству «единого частного (гражданского) права» при сохранении некоторой специфики правового регулирования соответствующих отношений.

Традиционно международное частное право (МЧП) включается в систему частного права. Отечественная наука, как утверждает В. Г. Храбсков, не выходит за пределы тех изысканий, которые были отражены в трудах Л. Л. Лунца по международному частному праву, а также в неоднократно переиздававшемся учебном пособии М. М. Богославского. На страницах современной юридической литературы вновь повторяются рассуждения о цивилистической природе международного частного права^[47]. Поэтому, по мнению В. Г. Храбскова, не надо заниматься приватизацией смежных об-

ластей, и прежде всего международного права, и гипертрофировать роль гражданского права в регулировании общественных отношений. Но так рассуждают далеко не все ученые.

Среди специалистов по международному частному праву идет давний спор. Одни ученые («националисты») рассматривают МЧП в качестве составной части внутреннего (гражданского) права. В этой связи процитируем Е. Л. Суханова: «Международное частное право никогда не утрачивало своей частно-правовой природы, также общепризнанной в развитых правовых порядках. От гражданского права его отличают широкое использование международно-правовых норм и возможность применения к регулируемым отношениям правил других (зарубежных) правовых порядков, устанавливаемых специальными коллизионными нормами национального права. Международно-правовая «составляющая» данной правовой отрасли, строго говоря, вообще не позволяет полностью включить ее в какую-либо национальную правовую систему. Вместе с тем международное частное право, безусловно, осуществляет частно-правовое регулирование отношений, входящих в его предмет»^[48].

Другие ученые («интернационалисты») утверждают, что МЧП представляет собой одно из подразделений общего международного права. На правительственном уровне этот спор решен достаточно просто: международное частное право – составной компонент научной специальности 12.00.03.

Проф. Г. В. Игнатенко резонно спрашивает как быть с теми диссертациями, которые написаны на стыке международно-го публичного и частного права?^[49] Видимо, лучше не писать такие диссертации.

Выход из создавшейся ситуации надо искать во взглядах ученых, считающих, что международное частное право состоит из двух частей (определенных частей национально-правовых систем и соответствующей части международного публичного права), представляющих единый правовой комплекс. Эта третья точка зрения была высказана в 20-е годы Л. Н. Макаровым, а затем разработана Р. Л. Мюллерсоном^[50].

Сложным, неоднозначным является вопрос о принадлежности патентного права к семейству права частного. Здесь также наблюдается дань традициям и научным исследованиям прошлых лет. Однако и в этой области идет мощный процесс «публицизации» частного права.

Таким образом, мы вышли на **общую проблему о критериях**, позволяющих отнести ту или иную отрасль (институт) к публичному либо частному праву. Отметим, что в юридической литературе было предложено несколько теоретических конструкций по данной проблеме, среди которых можно выделить три основные концепции: теорию интереса, теорию метода, теорию предмета правового регулирования^[51].

Вместе с тем ни одна из рассматриваемых концепций не позволяет провести четкое разграничение между публичным и частным правом. Так, в соответствии с **теорией интереса** публичное право служит общественной, а частное – частной пользе. Классическое разграничение публичного и частного права по этому критерию дал древнеримский юрист Ульпиан: «Публичное право есть то, которое относится к положению римского государства: частное, – которое относится к пользе отдельных лиц»^[52]. Это высказывание – свидетельство о богатой истории вопроса.

Критикуя теорию интереса, ее противники не без основания утверждали, что публичный и частный интерес неразрывно связаны между собой, и с этой точки зрения многие публичные органы государства применяют институты частного права. По этой причине, например, некоторые французские ученые к частному праву помимо гражданского и торгового права относят и уголовное, поскольку большинство норм последнего направлено на защиту частно-правовых отношений.

Основоположник **теории предмета правового регулирования** – проф. К. Д. Кавелин. По его мнению, предметом гражданского права являются исключительно имущественные отношения. Поэтому он предлагал пересмотреть классификацию отраслей права, в частности включить в гражданское право институты налогового права и других отраслей^[53]. Попутно отметим, что именно эта теория нашла бла-

годатную почву в советской науке гражданского права, а ее отголоски дают о себе знать до сих пор. Достаточно вспомнить о гипертрофированной роли гражданского права в регулировании общественных отношений.

Суть **теории метода правового регулирования** сводится к тому, что на первый план выдвигается вопрос не о защите правом какого-либо интереса, а о методе (способе) такой защиты. Впервые эта теория была сформулирована немецким юристом Августом Тоном. Аналогичной позиции придерживался известный русский юрист, проф. И. Л. Покровский, который писал: «...если публичное право есть система юридической централизации отношений, то гражданское право, наоборот, есть система юридической децентрализации: оно по своему существу предполагает для своего бытия наличность множества самоопределяющих центров. Если публичное право есть область власти и подчинения, то второе есть область свободы и частной инициативы»^[54].

В последние годы ряд западных ученых предлагает использовать при разграничении публичного и частного права формальный критерий – **субъектный состав**. Так, П. Вуарен подчеркивает, что «публичное право регулирует отношения индивида с государством... Частное право определяет отношения индивидов между собой»^[55]. Используя этот критерий, многие юристы включают в публичное право конституционное, административное, финансовое, уголовное и процессуальное право.

Указанные трудности (какими бы обстоятельствами они ни были продиктованы) не могут служить основанием для утверждения, что сейчас проблема разграничения публичного и частного права утратила свое теоретическое и практическое значение. Плодотворна, на наш взгляд, позиция тех ученых, которые считают, что для правильного разграничения публичного и частного права следует применять в совокупности разные критерии (например, предмет и метод правового регулирования, субъектный состав отношений, законный интерес и т. д.).

Деление права на публичное и частное имеет большое практическое значение. В странах, в которых оно (деление) применяется, споры по поводу публичных прав рассматриваются не в судах общей юрисдикции, а в административных судебных органах. Интересно отметить в этой связи, что в Англии, США и других государствах англо-американской семьи правовых систем (в этих странах указанный дуализм официально не признан) были созданы специальные судебные органы. Например, в Англии был учрежден Суд по рассмотрению жалоб на ограничение свободы промысла (*Restrictive Practices Court*), в обязанности которого входит рассмотрение соглашений об ограничении цен или условий соглашения товарами или услугами. Сфера деятельности этого Суда была расширена Законом 1984 г. о ценах при перепродаже и Законом 1923 г. о добросовестной торговле. Любая торговая компания вправе обратиться в Суд с

просьбой об освобождении от налогообложения какого-либо товара по соображениям публичного интереса^[56]. В США существует Претензионный суд, рассматривающий иски к правительству США, Апелляционный суд по таможенным и патентным делам, Налоговый суд. Кроме того, в Англии и США были образованы многочисленные административные трибуналы, наделенные полномочиями рассматривать определенные категории споров, как правило, между органами государственного управления и частными лицами. В отечественной и зарубежной литературе отмечается, что в англо-американской судебной системе административная юстиция приобретает все большее значение.

Напротив, в нашей стране наблюдается тенденция к значительному сокращению сферы применения административной юрисдикции посредством передачи споров в ведение общих и арбитражных судов. Так, новый Арбитражный процессуальный кодекс РФ^[57] заметно расширил компетенцию арбитражных судов в области публичного интереса^[58]. В частности, арбитражному суду подведомственны экономические споры и другие дела, возникающие из административных и иных публичных правоотношений (ст. 29 ЛПК РФ).

В арбитражном порядке рассматриваются дела о признании юридических лиц и индивидуальных предпринимателей несостоятельными (банкротами)^[59]. Именно арбитражный

суд принимает решение о внешнем управлении (санации) и назначает внешнего управляющего, который руководит предприятием, имеет права и обязанности, предоставленные действующим законодательством руководителю предприятия. Как справедливо отмечалось в литературе, в данном случае происходит вторжение судебной власти в исполнение чужой – исполнительно-распорядительной власти^[60]. Подобное вторжение приводит к диффузии различных ветвей власти, а потому может рассматриваться в качестве негативного явления с вытекающими отсюда последствиями.

Дуализм проявляется также **в одновременном существовании гражданского и торгового права**. Например, во Франции, ФРГ, Испании, Португалии, Японии, в государствах Латинской Америки указанный дуализм получил выражение в объективизированной форме; в них действуют и гражданские, и торговые кодексы. Налицо дуализм законодательства, т. е. наличие гражданского и торгового законодательства.

Разграничение частного права на гражданское и торговое имеет большую давность^[61]. Правовой дуализм возник в Западной Европе в связи с появлением в Средние века особого купеческого или торгового права, регулирующего коммерческие отношения между членами купеческих гильдий. В ходе революций сословный характер общества был уничтожен и эти страны провозгласили принцип свободы предпринимательской деятельности (свободы торгового промысла). Одна-

ко дуализм частного права сохранен во многих государствах. Со второй половины XIX в. в этих странах наблюдается процесс «коммерциализации» частного права, в том числе торгового. В результате значительно расширился круг отношений, регулируемых торговым правом. Наряду с торговым промыслом и торговыми сделками (традиционный предмет регулирования торгового права) торговое право стало регулировать и иные вопросы (например, правовое положение торговых товариществ и акционерных обществ, коммерческих банков и бирж). Коммерческое право, с известной долей условности, следует рассматривать в качестве «коммерциализированного» торгового права.

С исторической точки зрения торговое право появилось значительно позднее гражданского права и по распространению в литературе мнению было вызвано к жизни неспособностью последнего регулировать новые отношения в сфере торгового оборота. Вот что по этому поводу писал проф. Л. И. Каминка: «В области торговли мы имеем много своеобразных институтов, совершенно не встречающихся в других областях частного права. Таков, напр., институт бирж с разнообразием многочисленных сделок, на них совершаемых»^[62].

Не менее категорично писал об особенностях торгового права по сравнению с гражданским проф. П. П. Цитович. Он отмечал, что в торговом праве основным понятием является не юридическое отношение (как это мы наблюдаем в обла-

сти гражданского права), а торговое предприятие. Поэтому гражданское право разъединяет и противопоставляет людей, тогда как торговое право их соединяет и подчиняет. Одно право индивидуально, другое – социально^[63]. Проф. П. П. Цитович выступает в своих научных трудах за дуализм частного права.

Вторит ему и проф. Л. Б. Петражицкий, с точки зрения которого торговое право является идеалом практической жизни.

По мнению проф. Л. И. Каминки, торговое право – пионер новых идей; оно служит реформатором в сфере частно-правовых отношений, многие положения, рассчитанные на более развитые и энергичные классы населения, представляется возможным, по мере умственного и промышленного развития населения, распространить на всю область частно-правовых отношений. Отсюда, однако, далеко до уничтожения торгового права вообще^[64]. Торговое право в значительной мере носит космополитический характер. Красиво сказано!

Известный русский ученый в области гражданского права проф. Г. Ф. Шершеневич писал: «В России не было исторических оснований к обособлению торгового права. В древней России не было разделения общества на сословия, которые во взаимной борьбе выдвинули бы свои привилегии. Напротив, русская история представляет единство всего гражданского общества. Поэтому не было почвы для появления

феодалного или купеческого права»^[65]. Названный ученый – ярый противник дуализма частного права. Для него торговое право существует как составная часть гражданского права. Следует особо обратить внимание на последнее утверждение. Современные исследователи часто рассматривают коммерческое, предпринимательское право в качестве составной части гражданского права, но об этом несколько позже.

В своем учебнике проф. Г. Ф. Шершеневич, не претендуя на научную точность, определяет торговое право как совокупность норм частного права, имеющих ближайшее соприкосновение с торговым оборотом^[66]. Что такое «ближайшее соприкосновение»? Данный вопрос остался без ответа.

Еще один дореволюционный ученый, проф. Л. Х. Гольмстен, соглашаясь с тем, что торговое право, в собственном смысле этого слова, есть отрасль (часть) права гражданского, считает, что критерии, используемые Г. Ф. Шершеневичем при определении понятия «торговое право», слитком шатки и произвольны, «...чтобы дать основание для выделения той или иной другой части юридического быта и норм его определяющих, в особую специальную область»^[67]. Далее, профессор Военно-юридической академии не без основания пишет: «...сочинение проф. Шершеневича может быть названо не торговым правом, а гражданским правом, изложенным в связи с некоторыми особенностями его, вызванными усло-

виями и потребностями торгового оборота...»^[68].

Вполне возможно, что по этой причине произведения проф. Г. Ф. Шершеневича по вопросам торгового права с большей долей почтения восприняты и современными учеными-цивилистами. Мы наблюдаем односторонний подход в исследовании столь сложной проблемы, граничащий порой с преднамеренным избранием в качестве авторитетных источников научных трудов определенных авторов. Вместе с тем науке, перефразируя известное изречение В. И. Ленина, требуется не выхватывание отдельных взглядов ученых, не игра в примеры, а необходима целая палитра различных точек зрения, взятых в целом.

В историко-юридической литературе встречается утверждение о том, что прототипом торгового кодекса в России являлся Устав торговый^[69]. По мнению Г. Ф. Шершеневича, анализ норм Устава показывает, что его содержание составляли не нормы частного права (параллельные гражданскому), а административно-финансовые постановления. В 1887 г. при новом издании этого отдела Свода законов из последнего выделили финансовые и полицейские положения, а также отделили уставы векселей, о несостоятельности, торгового судоустройства и судопроизводства. Таким образом, в Уставе торговом, кроме морского права, осталось лишь небольшое число норм, которые касаются приказчиков и товариществ^[70]. Отсюда профессор Казанского университета

делает принципиальный вывод: в России имеются лишь отдельные торговые законы, причем не соответствующие содержанию законов, применяемых к общегражданским правоотношениям.

В свою очередь, Л. И. Каминка и П. П. Цитович считали, что формально основным источником, регулирующим специально торговый оборот, являются Устав торговый и Устав судопроизводства торгового^[71]. Однако в работах названных дореволюционных ученых отсутствуют конкретные предложения по разработке и изданию торгового кодекса. Справедливости ради отметим, что идея торгового кодекса по модели Запада не нашла своих активных и последовательных сторонников среди исследователей права в дореволюционной России.

Виднейшие специалисты по русской цивилистике, такие как, например, Ю. О. Гамбаров, С. Л. Муровцев, Д. Н. Мейер, Г. Ф. Шершеневич, выступили за единство гражданского права^[72]. В своих научных трудах они подчеркивали, что единообразие законодательства есть идеал, к которому любое общество должно всегда стремиться. Напротив, совместное существование двух законодательств порождает практические затруднения при разграничении пределов действия гражданского и торгового кодексов. Дуализм законодательства, различие принципов частного права вредно отражаются на всем экономическом обороте.

Проф. Л. Х. Гольмстен риторически спрашивает: «Мо-

жем ли мы в настоящее время думать об издании приличного торгового кодекса?» И сам же отвечает: «История кодификации торгового права всех культурных народов показывает, что не только первые кодексы торговые были сборниками торговых обычаев, но что и дальнейшие изменения и улучшения этих кодексов выражались во внесении в них новых и новых торговых обычаев. Чем же мы хуже других? Неужели нашему торговому быту может быть навязан кодекс, представляющий собою или измышление кодификаторов, или конгломерат из положений разных иноземных кодексов? Уберечь нас от такого опасного предприятия может лишь собрание торговых обычаев и тщательная, строго научная их разработка. Л пока о кодификации и думать нечего»^[73].

В историческом плане интерес вызывает проект торгового уложения, подготовленный под началом видного государственного деятеля и юриста XIX столетия М. М. Сперанского. Проект, который слепо копировал торговое законодательство Австрии, Пруссии, Англии и Ганновера, разделил незавидную судьбу многих законопроектов – он был сдан обратно в комиссию и затем бесследно исчез. Вместо него было суждено появиться Уставу торговому одновременно со всем сводом законов.

История повторилась, но уже в советское время, когда, например, был разработан проект Хозяйственного (предпринимательского) кодекса. Отбросив идею издания такого ко-

декса, законодатель пошел по пути принятия правовых актов, комплексно регулирующих отношения в сфере хозяйствования. Поэтому мы считаем неосновательным сопоставление Устава торгового с современными торговыми кодексами. Устав в значительной степени напоминает федеральные законы «Об акционерных обществах», «Об обществах с ограниченной ответственностью», «О несостоятельности (банкротстве)» и др.

Насколько проницательными оказались суждения и взгляды русских ученых, в литературе судят иногда на основании того факта, что существование в западных странах дуализма частного права создало серьезную проблему разграничения сферы действия гражданского и торгового законодательства. В некоторых странах (например, в Швейцарии, Италии) была проведена работа по объединению гражданского и торгового кодексов. В ряде стран ликвидированы торговые суды (Нидерланды) или ограничена их компетенция (ФРГ). В Японии торговые суды вообще никогда не создавались^[74]. И все-таки, насколько показательны эти примеры из нормотворческой и судебной практики промышленно развитых стран для того, чтобы прийти к столь неутешительному выводу?

В отечественной литературе сторонники и противники дуализма в праве приводят их (примеры) с целью подтверждения своих взглядов либо, наоборот, опровержения научных позиций своих оппонентов. Вот что по этому поводу пи-

сал проф. Л. И. Каминка в далеком 1911 г.: «Против практики всех государств выдвигают один пример Швейцарии, которая, как известно, в своем обязательственном праве сделала попытку нормировать весь гражданский оборот. Но единичное отступление, вообще, не может служить доказательством»^[75]. При этом ученый считает, что в рассматриваемой ситуации менее убедительна ссылка на Швейцарию.

Акад. В. В. Лаптев, обосновывая теорию современного предпринимательского права, пишет: «...противники специального регулирования предпринимательских отношений ссылаются на то, что в такой крупной стране, как Италия, в 1942 г. торговый и гражданский кодексы были объединены. Однако при этом умалчивается, что такое объединение привело к ухудшению правового регулирования хозяйственной деятельности»^[76]. На чем основано данное утверждение основателя послевоенной теории хозяйственного права и концепции предпринимательского права? В. В. Лаптев ссылается на учебник «Гражданское и торговое право капиталистических государств» под редакцией К. К. Яичкова.

Мы согласны с тем, что единичные ссылки на опыт Швейцарии и Италии не могут быть убедительными и показательными. Тем более что объединение гражданского и торгового кодексов в Италии произошло в годы Второй мировой войны, в период фашистской диктатуры Муссолини, в условиях жесткой централизации управления экономикой.

Рыночная экономика имеет больше плюсов, чем ад-

министративная. Вместе с тем следует особо подчеркнуть, что рыночная экономика (особенно в такой стране, как Россия) немыслима без элементов централизованного руководства. Там, где это разумно, необходимо активно внедрять методы государственного планирования и руководства экономической жизнью страны.

Государственное регулирование и рыночная экономика имеют тесную связь и взаимообусловленность. Они отражают реальное соотношение между публичным и частным правом. На Западе анализ этого процесса привел ряд ученых к необходимости по-иному взглянуть на проблему дуализма права. На стыке публичного и частного права была разработана теория хозяйственного права, основоположниками которой явились немецкие ученые^[77]. В последующем идеи хозяйственного (экономического) права были восприняты юридической доктриной Бельгии, Италии, Нидерландов, Франции.

Идея о формировании хозяйственного (предпринимательского) права на стыке публичного и частного права является актуальной и плодотворной и в настоящее время. Однако эта идея не должна, на наш взгляд, строиться на отказе от деления права на публичное и частное, как иногда утверждают сторонники хозяйственного права^[78]. Напротив, в реальной действительности между публичным и частным правом не существует китайской стены. Показательно в этом плане высказывание М. М. Агаркова о том, что социальный строй,

основанный только на частно-правовых началах, не ведет к гуманному обществу. И в этом, и в другом случае благие намерения способствуют уничтожению личности»^[79]. История нашего государства подтверждает справедливость этого прогноза, сделанного выдающимся ученым-юристом в начале нынешнего века.

Кто исповедует частно-правовое регулирование и внедряет его методы в экономику России, не должен забывать об этом. Иначе мы можем прийти в обозримом будущем к такому состоянию общества, в котором не окажется места «публично-правовому», а будет господствовать «частное». Прав проф. Ю. Л. Тихомиров, утверждая, что «...не следует искусственно абсолютизировать «личное начало» в обществе и органически противопоставлять право и интересы человека и гражданина интересам общества и государства»^[80]. Становление и развитие теорий хозяйственного (равно и предпринимательского) права – это прежде всего своеобразная реакция ученых на объективные потребности общества, когда традиционные отрасли права (административное, гражданское и др.) не справляются в полной мере с поставленными перед ними задачами по комплексному правовому регулированию экономических отношений. Указанные явления в науке известны давно. Достаточно вновь вернуться к концепциям торгового права.

Однако если торговое (коммерческое) право рассматривается преимущественно в контексте дуализма частного права,

то предпринимательское (хозяйственное) право представляет собой в нашем понимании комплексное образование, сочетающее публично-правовые и частно-правовые начала. Те исследователи проблем правового регулирования экономических отношений, которые не проводят разграничение между делением права на публичное и частное с одной стороны, и дуализмом частного права, с другой, допускают смешение разнопорядковых понятий, таких, как «предпринимательское право», «торговое право» («коммерческое право»). Обратимся к общественным отношениям, составляющим предмет правового регулирования соответственно коммерческого (торгового) и предпринимательского права.

§ 3. Предпринимательская деятельность как предмет правового регулирования

Предпринимательская деятельность (предпринимательство) – сложная категория. Ее можно рассматривать в разных аспектах: организационном, экономическом, юридическом и др.

Предпринимательство – это прежде всего вид человеческой деятельности. Причем предпринимательская деятельность не сводится к простой совокупности действий. Она состоит из связанных и последовательных предпринимательских мероприятий (действий), направленных к единой цели. Как писал Л. Н. Леонтьев, «деятельность – это не реакция и не совокупность реакций, а система, имеющая строение, свои внутренние переходы и превращения, свое развитие»^[81]. Будучи видом человеческой деятельности, предпринимательство многообразно и состоит из различных действий, операций и поступков. Основная цель предпринимательской деятельности (активности) – производство и предложение рынку такого товара, на который имеется спрос и который приносит прибыль^[82]. В конечном итоге – это получение прибыли (предпринимательско-

го дохода). Однако ориентация на достижение коммерческого успеха не является самодовлеющей целью в современном бизнесе.

Предпринимательские структуры принимают участие в решении социальных проблем российского общества, жертвуют свои средства на развитие культуры, образования, здравоохранения, охрану окружающей среды. И не только. Одна из основных конституционных обязанностей предпринимателей – уплата законно установленных налогов и сборов.

Но вряд ли можно утверждать, что при создании предпринимательских структур преследуется цель – уплата налогов и сборов (равно и уплата штрафов за нарушение государственной дисциплины). В соответствии с Налоговым кодексом РФ (п. 1 ст. 3) каждое лицо должно уплачивать законно установленные налоги и сборы. Здесь имеет место публичная обязанность налогоплательщиков, а не благородная цель – получение прибыли от предпринимательской деятельности.

Отметим сразу, что субъекты предпринимательской деятельности преследуют одновременно несколько основных целей. Наряду с извлечением прибыли для них принципиальное значение приобретает также вопрос о создании **собственного дела (бизнеса)**, в рамках которого осуществляется производство товаров, выполнение работ, оказание услуг.

Вместе с тем легальное определение предпринимательства на первый план выдвигает коммерческую цель – по-

лучение прибыли. И это понятно, поскольку нормативная формулировка предпринимательской деятельности предназначена для оценки той или иной экономической деятельности и отнесения ее к виду предпринимательства в конкретной ситуации. Поэтому доктринальное определение предпринимательства может содержать указания на любые признаки (свойства) данного вида деятельности. Иные требования должны предъявляться, на наш взгляд, к признакам легального определения предпринимательской деятельности. Здесь, как в математике: нужна система количественных и качественных показателей для оценки такого явления, как предпринимательство. Данный вывод относится не только к рассматриваемому понятию.

Основу практической деятельности человека составляет **целенаправленное действие**. В свою очередь, действие понимается как процесс, направленный на выполнение простой текущей задачи либо подчиненный достижению промежуточного результата целостной деятельности^[83]. Операция – следующий элемент деятельности, представляющий собой «комплекс действий, ориентированных на решение определенной задачи»^[84]. Операции являются элементами более высоких уровней поведения (например, управление производством). В реальной жизни существует тесная связь и взаимообусловленность между различными элементами человеческой деятельности. Так, одно и то же действие может входить в качестве элемента в разные операции. И наоборот,

одна и та же операция может быть совершена разными действиями.

Особое место в структуре деятельности людей занимают поступки. Поступок – это не очередной уровень поведения, а социальная характеристика действий и операций при условии, что они имеют общественную значимость. Поступки, по мнению В. Н. Кудрявцева, относятся к таким актам поведения, которые приобретают положительную или отрицательную социальную характеристику^[85]. Сказанное в равной степени касается и предпринимательства (предпринимательской деятельности).

В экономической науке не существует общепринятого определения предпринимательства. Ученые-экономисты выделяют такие основные признаки предпринимательской деятельности, как предприимчивость, самостоятельность и независимость хозяйствующих субъектов, их активность. Некоторые исследователи указывают на поиск в качестве характерного свойства предпринимательства.

С исторической точки зрения можно назвать несколько экономических теорий предпринимательства^[86]. **Первая** возникла еще в XVIII в. и была во многом связана с такой категорией, как риск. Французский экономист Р. Кантильон первым выдвинул положение о риске в качестве основной функциональной характеристики предпринимательства. Он также обратил внимание на новое явление и ввел в оборот само понятие «предприниматель». Фигура предпринимате-

ля рассматривается уже несколько обособленно от статуса собственника.

Вторая теория связана с выделением инновационности как основной отличительной черты предпринимательства. Основоположник данного направления – один из крупнейших представителей мировой экономической мысли Йозеф Шумпетер, который рассматривал предпринимателя в качестве центрального элемента экономического развития. Используя целую комбинацию факторов производства, предприниматель, по его мнению, призван «...делать не то, что делают другие» и «...делать не так, как делают другие»^[87]. Отметим, что право собственности на имущество не является для ученого признаком предпринимательства.

Разрушение монофигуры собственника и предпринимателя стало происходить в период появления кредита. Так, любой коммерческий банк не является собственником всего капитала, который он запускает в экономический оборот. Его собственность, как правило, ограничивается уставным фондом и собственным капиталом^[88].

И, наконец, **третья теория** отличается сосредоточением внимания ученых-экономистов (Л. Мизеса, Ф. Хаека, И. Карцнера) на особых личностных качествах предпринимателя (например, способность реагировать на изменения экономической и общественной ситуации, самостоятельность в выборе и принятии решений и т. д.) и на роли предпринимательства как регулирующего начала в уравнивающей

экономической системе. Как пишут Л. Мизес и Ф. Хаек, «... делом предпринимателя является не просто экспериментировать с новыми технологическими методами, а отобрать из множества... возможных методов именно те, которые наиболее пригодны для снабжения самым дешевым способом людей тем, в чем они в настоящий момент больше всего нуждаются»^[89]. При этом фигура предпринимателя характеризуется специфическими деловыми качествами, а также особой психологией и мотивацией поведения.

По мнению специалистов, **современный этап развития теорий предпринимательства** связан с появлением новой «четвертой волны», суть которой – перенос основного акцента на управленческую функцию предпринимательства. Таким образом, феномен предпринимателя еще в большей мере отдалается от фигуры собственника; в бизнесе колоссально повышается самостоятельная роль управленцев.

В научной среде предпринимательство с точки зрения экономической определенности принято рассматривать **в трех аспектах**: как экономическую категорию; как метод хозяйствования; как тип экономического мышления^[90]. Так, для характеристики предпринимательства в качестве экономической категории используется система отношений между субъектами и объектами предпринимательства. В свою очередь, рассматривая предпринимательство через призму метода ведения хозяйства, ученые-экономисты выделяют такие признаки предпринимательства, как самостоятельность

и независимость хозяйствующих субъектов.

Предпринимательство – особый тип экономического мышления, характеризующийся совокупностью оригинальных взглядов и подходов к принятию решений. Главное место здесь принадлежит личности предпринимателя^[91]. Его должны отличать особый склад ума, воля к победе, желание борьбы, творческий характер труда.

Не случайно один из крупных мыслителей нынешнего времени, О. Шпенглер, пишет: «... для нас организатор, изобретатель и предприниматель являются творящей силой, которая воздействует на другие, исполняющие силы, придавая им направление, намечая цели и средства для их действия. И те и другие принадлежат экономической жизни не как владельцы вещей, но как носители энергии»^[92]. Действительно, красивые слова звучат в адрес предпринимателей и их благородного дела. Насколько они соответствуют общей оценке российского бизнеса, судить не только специалистам и аналитикам. Граждане многострадальной России нередко встречаются лицом к лицу с «носителями энергии и творящей силы». Но это уже характеристика субъектов предпринимательской деятельности, их личных и деловых качеств, что является самостоятельным предметом исследования.

И последнее замечание. В теоретических исследованиях большое внимание стало уделяться так называемому внутрифирменному предпринимательству, или интрапренерству. Термин «интрапренер» был введен в научный оборот аме-

риканским ученым Г. Пиншо. Считается, что появление интрапренерства связано с тем фактором, что многие крупные производственные структуры переходят на предпринимательскую форму организации производства. Учитывая, что предпринимательство предполагает обязательное наличие свободы творчества, то и подразделения целостных производственных структур получают право на свободу действий, в том числе на получение интракапитала – капитала, необходимого для реализации идей, лежащих в основе внутрифирменного предпринимательства^[93]. Весьма интересен, на наш взгляд, вывод сторонников теории внутрифирменного предпринимательства.

Вместе с тем надо отметить, что теоретические дискуссии об экономической сущности предпринимательства нельзя считать спором о терминах. Напротив, мы полагаем, что исходным пунктом для выработки единой категории предпринимательской деятельности является ее определение, сформулированное в экономической науке. К сожалению, приходится констатировать, мягко говоря, факт нестыковки между экономическими и правовыми исследованиями по проблемам предпринимательства. В научных работах нередко имеет место ничем не объяснимое игнорирование учеными результатов исследований в смежных и сопредельных областях знаний. Непонятно, что здесь преобладает больше – научный снобизм, или элементарное неуважение.

Категория «предпринимательство» имеет и большое

практическое значение. Она широко используется в действующем законодательстве. Достаточно сказать, что в первой и второй частях ГК РФ термин «предпринимательская деятельность» применяется в 45 статьях.

Легальное определение понятия «предпринимательская деятельность» дано в п. 1 ст. 2 ГК РФ. Предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Рассмотрим нормативные признаки предпринимательства. Предложенная законодателем формулировка предпринимательства не отличается достаточной определенностью и допускает различные толкования.

Кроме того, в учебной и научной литературе (особенно в экономической) в поисках новых признаков предпринимательства предлагается взять на «вооружение» чужеродные свойства феномена предпринимательской деятельности, что способствует созданию превратных представлений о предпринимательстве. На это справедливо обратил внимание С. Э. Жилинский, критикуя отдельные высказывания ученых-экономистов^[94]. Например, чего стоит утверждение о том, что предпринимательство преследует цель не получение прибыли вообще, а извлечение сверхприбыли, предпринимательского дохода.

На некоторую неопределенность понятия «предпринимательская (коммерческая) деятельность» указывают и зарубежные исследователи. В английской литературе термин «коммерческая деятельность» иногда характеризуется как «этимологический хамелеон», поскольку не всегда легко установить, имеется ли коммерческая ответственность, например, в отношении университета или колледжа^[95]. В соответствии со ст. 61 английского закона о купле-продаже товаров 1979 г. коммерческая деятельность означает деятельность любого профессионального лица, правительственного департамента или органа местного управления или публичной корпорации. Причем сюда относятся не только торговые, коммерческие и промышленные предприятия, но и организации, основная деятельность которых не связана с получением прибыли (благотворительные учреждения, университеты и т. п.). В реальности мнение судьи служит последней инстанцией по вопросу, что следует понимать под словом «коммерческая деятельность» в каждой конкретной ситуации.

Прежде всего надо отметить, что нормативные признаки предпринимательства могут быть условно подразделены **на обязательные и факультативные**^[96]. К числу последних относятся самостоятельность, системность предпринимательства и государственная регистрация субъектов предпринимательской деятельности.

Эта точка зрения не является бесспорной. Например, В.

Ф. Попондопуло различает общие (родовые), присущие любой свободной (частной) деятельности, в том числе предпринимательской (это ее самостоятельный и рисковый характер), и специфические признаки предпринимательской деятельности (направленность на систематическое извлечение прибыли и необходимость государственной регистрации), подчеркнув при этом, «что признак государственной регистрации не является внутренне присущим самому понятию предпринимательской деятельности, это юридический (формальный, внешний) признак, требование, предъявляемое к предпринимательству со стороны законодателя»^[97].

И. В. Ершова, Т. М. Иванова и О. В. Тишанская классифицируют признаки предпринимательской деятельности на: сущностные (характеризующие сущность предпринимательства) и формальные (характеризующие ее форму)^[98]. Аналогичной позиции придерживаются В. Л. Семеусов, Л. Л. Тюкавкин, Л. Л. Пахаруков, которые также исходят из деления всех признаков на сущностные (самостоятельность деятельности, ее рисковый характер, систематическое получение прибыли как цель деятельности) и формальные (признак легитимации). Но среди сущностных признаков они выделяют родовые признаки, присущие любой экономической деятельности (самостоятельность, риск), и видовой признак (систематичность получения прибыли)^[99].

Самостоятельный характер этой деятельности проявляется

ся во многих отношениях^[100]. В первую очередь он означает относительную независимость предпринимателя от иных органов, организаций и частных лиц. Граждане и их объединения сами иницируют предпринимательскую деятельность и самостоятельно осуществляют ее. Предприниматель свободен в выборе предмета предпринимательской деятельности, а также средств для его эффективного осуществления.

Самостоятельность проявляется и на стадиях поиска партнеров, заключения договоров, распределения предпринимательского дохода.

Именно самостоятельный характер предпринимательской деятельности отличает ее от трудовой деятельности (например, от работы по трудовому контракту). Работники предприятия, вступая в трудовые отношения, должны подчинять свою деятельность определенному трудовому распорядку и соблюдать производственную дисциплину.

Указанное различие получило закрепление и в налоговом законодательстве. Так, Налоговый кодекс РФ (ст. 227 и др.) проводит разграничение между налогообложением доходов, получаемых физическими лицами за выполнение ими трудовых и иных приравненных к ним обязанностей, и доходов от предпринимательской деятельности.

Однако самостоятельный характер предпринимательской деятельности имеет свои юридические границы. Предпринимательство представляет собой деятельность в рамках действующего законодательства. Скажем, предприниматель-

ство не может осуществляться в организационно-правовой форме коммерческой организации, не предусмотренной ГК РФ (ст. 50), без специального разрешения на отдельные виды деятельности.

Факультативность признака самостоятельности предпринимательской деятельности наглядно дает о себе знать на примере ее (деятельности) осуществления осужденными^[101]. Вряд ли справедливо в подобных случаях говорить о самостоятельности, поскольку сама идея самостоятельности противоположна режиму лишения свободы.

Самостоятельный характер присущ и общественно-политической, и благотворительной, и социально-культурной деятельности. Свойства самостоятельности еще в большей степени, чем в предпринимательстве, проявляются в творческой деятельности.

Систематизм – следующий факультативный признак предпринимательства. О нем принято говорить в двух аспектах. Первый – систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг. Второй связан с систематическим совершением определенных действий (операций, поступков). Несмотря на некоторую взаимосвязь между собой, указанные случаи не совпадают ни по объему, ни по содержанию. Действительно, можно иметь единовременную прибыль от систематических поведенческих актов; и наоборот, систематическую прибыль от единичного действия. Возможен

вариант длительного отсутствия предпринимательской деятельности (или вялотекущая деятельность) с одновременным наличием прибыли, заработной платы в предыдущие годы^[102]. В хозяйственной практике встречаются случаи, когда коммерческие организации, осуществляя предпринимательскую деятельность в течение нескольких лет, не получают какую-либо прибыль и являются, по крайней мере по бухгалтерским документам, убыточными. Причем нередко руководители предприятий (организаций) преднамеренно создают такое положение, дабы не платить налоги и другие обязательные платежи в соответствующий бюджет.

Критикует признак систематизма при оценке предпринимательства и С. Э. Жилинский^[103]. По его верному мнению, деятельность «систематическая» и «постоянная» – не одно и то же. Первая означает неоднократное повторение чего-то, вторая – не прекращающуюся во времени. В смешении обоих проявлений деятельности заложены корни серьезных конфликтных ситуаций. Например, два-три человека в течение полугода возводили дом, сарай, баню, а многотысячную оплату получили после полного окончания работ, т. е. один раз. Выходит, нет систематического получения прибыли, следовательно, и нет предпринимательства? Другой вариант: они получали оплату ежемесячно, налицо предпринимательство? Эти и другие вопросы возникают в судебной практике.

В письме Высшего Арбитражного Суда РФ от 10 августа

1994 г. № С1-7 / ОП-555 дано разъяснение о возможности предприятий (организаций) без лицензии передавать заемщику свои свободные средства по договору займа при условии, если такая деятельность не запрещена законом и не носит систематического характера^[104]. Рассматриваемый признак предпринимательской деятельности вызывает на практике определенные трудности, поскольку в действующем законодательстве он не конкретизируется, а судебные органы еще не пришли к его единому толкованию.

Особое значение данный вопрос приобретает в случаях, когда лицо (гражданин) осуществляет какую-либо деятельность, в том числе предпринимательскую, без процедуры государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя.

В силу ст. 2 ГК РФ подлежит регистрации не предпринимательская деятельность, а лица, ее осуществляющие. Это общее правило распространяется и на индивидуальное и на коллективное предпринимательство. Например, коммерческие организации вправе осуществлять предпринимательскую деятельность с момента их государственной регистрации в качестве юридических лиц.

Из сказанного можно сделать следующий вывод. Лицо (в том числе юридическое), осуществляющее предпринимательскую деятельность без государственной регистрации, предпринимателем (коммерческой организацией) не является. В свою очередь, лицо, прошедшее такую регистрацию,

приобретает статус предпринимателя, даже если и не осуществляет указанную деятельность.

Равно нельзя отнести инициативность к обязательным признакам предпринимательства. Инициативный характер свойствен для всех участников гражданского оборота. Не случайно в учебной и научной литературе основанная на законе инициатива физических и юридических лиц рассматривается в качестве характерной черты гражданско-правового метода регулирования общественных отношений.

Спорно утверждение некоторых авторов о том, что **профессионализм (профессиональная основа)** – существенный признак предпринимательской деятельности^[105]. ГК РФ (п. 3 ст. 50) разрешает некоммерческим организациям осуществлять предпринимательскую деятельность постольку, поскольку это соответствует целям, ради которых они созданы. Едва ли в данном случае можно говорить о предпринимательском профессионализме некоммерческих структур.

Надо отметить, что понятия «предпринимательская деятельность» и «профессиональная деятельность на рынке ценных бумаг» не равнозначны. Последнее гораздо уже по содержанию. Более того, было бы некорректно утверждать, что квалифицирующий признак профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг – то, что указанная деятельность является предпринимательской. По крайней мере, такое утверждение нельзя применять (без каких-либо огово-

рок) к фондовым биржам^[106].

Извлечение прибыли – обязательный признак предпринимательской деятельности. Коммерческая направленность отграничивает эту деятельность не только от общественно-политической, благотворительной, социально-культурной, но и от других видов инициативной деятельности. Так, в силу ст. 11 Закона РФ от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ (в ред. ФЗ от 28 июля 2004 г. № 89-ФЗ) «О рынке ценных бумаг»^[107] фондовая биржа создается в форме некоммерческого партнерства или акционерного общества. Биржевую деятельность нельзя отнести ни к благотворительной, ни к социально-культурной и др. Деятельность фондовой биржи представляет собой разновидность хозяйственной деятельности, даже если в процессе ее осуществления не преследуется цель извлечения прибыли.

Таким образом, предпринимательская и хозяйственная деятельность – это перекрещивающиеся понятия. Не всякая хозяйственная деятельность может считаться предпринимательской.

В этой связи особый интерес вызывают категории «прибыль» и «предпринимательский доход». Правовые вопросы формирования и распределения прибыли (дохода) будут рассмотрены ниже.

Предпринимательство есть **рисковая деятельность**. Категория «предпринимательский риск» еще не стала предметом повышенного внимания ученых-юристов в силу сво-

ей «молодости». В литературе делаются лишь первые попытки в общем смысле сформулировать определение данного понятия. При этом используются теоретические разработки общей проблемы риска таких исследователей, как М. М. Агарков, В. П. Грибанов, М. О. Гринберг, О. Л. Красавчиков, Н. С. Малеин, В. Л. Ойгензихт и др.

С категорией предпринимательского риска непосредственно связаны понятия предпринимательского дохода и ущерба (убытков). Вот что по этому поводу писал проф. Л. И. Каминка: «Чтобы обеспечить себе возможность дохода, предприниматель должен взять на себя и покрытие возможных убытков, т. е. предприятие должно вестись за счет предпринимателя, на его риск»^[108]. Однако субъективная сторона предпринимательской деятельности – особый предмет исследования.

Н. С. Малеин определял риск через вероятную **опасность** наступления или ненаступления отрицательных имущественных последствий, правомерное создание опасности в условиях действия в общественно полезных целях и отсутствия альтернатив, отмечая, что «...там, где заведомо известна неизбежность наступления отрицательных последствий, там нет риска»^[109]. Надо сказать, что риск – это вероятная опасность.

В. Л. Ойгензихт определял риск как «психическое отношение субъектов к результатам собственных действий или к поведению других лиц, а также к возможному результату

объективного случая и случайно невозможных действий, выражающееся в осознанном допущении отрицательных, в том числе невозместимых, имущественных последствий» и как «детерминированный выбор деятельности, не исключающей достижения нежелаемого результата и осуществляемой при сознательном допущении случайного результата и возможности связанного с этим возникновения отрицательных последствий»^[110]. Не трудно заметить, что такая трактовка риска сближает это понятие с психологическим понятием вины и практически ставит между ними знак равенства.

В теоретическом плане проблема рисков всесторонне исследуется учеными-экономистами. Г. В. Чернова, Л. Л. Кудрявцев под риском понимают, в частности: а) потенциальную возможность (опасность) наступления вероятного события или совокупности событий, вызывающих определенный материальный ущерб; б) возможность недополучения прибыли или дохода^[111]. Как видно, определяющим признаком риска является потенциальная возможность наступления вероятного события.

Интересно отметить точку зрения авторов учебника «Предпринимательство». Они рассматривают риск как «возможность возникновения неблагоприятных ситуаций в ходе реализации планов и выполнения бюджетов предприятия». При этом авторами называются основные виды риска, такие, как: производственный, коммерческий, финансовый (кредитный), инвестиционный и рыночный. Производственный

риск связан с производством и реализацией продукции (работ, услуг), осуществлением любых видов производственной деятельности. Коммерческий риск возникает в процессе реализации закупленных предпринимателем товаров и в процессе оказания услуг. Финансовый риск может возникнуть при осуществлении финансовых (денежных) сделок. Причиной инвестиционного риска может быть обесценивание инвестиционно-финансового портфеля, состоящего из собственных и приобретенных ценных бумаг. Рыночный риск связан с возможным колебанием рыночных процентных ставок, национальной денежной единицы или зарубежных курсов валют, а возможно, тем и другим одновременно^[112].

На фоне высказанных точек зрения по вопросу об определении риска наиболее приемлема, на наш взгляд, позиция тех ученых, которые отстаивают теорию, согласно которой риск есть возможность наступления вероятного события или совокупности событий. Причем заслуживает внимания то, что и некоторые юристы и экономисты, исследующие такой феномен, как риск, придерживаются единого мнения по определению сущности риска. Главным свойством риска является указание на **возможность наступления или ненаступления** какого-либо вероятного события (группы событий). Мы также исходим из указанного свойства риска и рассматриваем его в качестве сущностного при характеристике предпринимательского риска.

Надо сказать, что категория риска весьма многогранна. В

этой связи нельзя не вспомнить о риске собственника (ст. 221 ГК РФ), покупателя (ст. 459 ГК РФ), арендатора (ст. 669 ГК РФ), сторон в договорах подряда (ст. 705 ГК РФ), страхования (ст. 944, 945 ГК РФ), предпринимателя (ст. 929, 933 ГК РФ) и иных лиц. В каждом из этих случаев содержание риска будет иметь индивидуальные признаки. Так, в ст. 933 ГК РФ предусмотрена возможность заключения договора страхования предпринимательского риска, под которым согласно ст. 929 ГК РФ понимается риск убытков от предпринимательской деятельности из-за нарушения обязательств контрагентами предпринимателя или изменения условий этой деятельности по независящим от предпринимателя обстоятельствам, в том числе риск неполучения ожидаемых доходов.

Вряд ли можно считать такое законодательное определение предпринимательского риска полным и достаточным, поскольку раскрываемый термин определяется «сам через себя»^[113]. В юридической литературе определение предпринимательского риска, не имея однозначной трактовки, рассматривается как «деятельность в ситуации неопределенности относительно вероятного получения прибыли или несения убытков, в условиях невозможности точного предвидения результатов деятельности^[114]» и как «потенциальная опасность потери ресурсов или недополучения доходов в сравнении с прогнозом самого предпринимателя^[115]», и

как «возможные неблагоприятные имущественные последствия деятельности предпринимателя, не обусловленные какими-либо упущениями с его стороны»^[116]. Одним словом, наблюдается целая палитра взглядов.

Соглашаясь с предложенным В. Ф. Попондопуло определением предпринимательского риска, мы полагаем возможным сформулировать следующее определение **предпринимательского риска**. Это потенциальная возможность (опасность) наступления или ненаступления события (совокупности событий), повлекшего неблагоприятные имущественные последствия для деятельности предпринимателя.

Предпринимательская деятельность **неоднородна** и может быть классифицирована по различным основаниям: виду деятельности, формам собственности, количеству собственников (учредителей) и др. Вопрос о классификации предпринимательской деятельности не получил еще должного внимания. В экономической и юридической науке сделаны лишь первые шаги в этом направлении^[117].

Вместе с тем данный вопрос имеет не только теоретическое, но и большое практическое значение.

В зависимости от области ее применения она подразделяется на предпринимательскую деятельность, осуществляемую в промышленности, капитальном строительстве, сельском хозяйстве, науке и т. д.

Предпринимательская деятельность может осуществляться в производственной и непроизводственной сферах. С точ-

ки зрения производственного цикла представляется возможным говорить, например, о предпринимательской деятельности на стадиях проектирования, производства (изготовления), транспортирования, хранения, реализации продукции (работ, услуг), монтажа и эксплуатации, технического обслуживания, утилизации использования.

Указанная градация предпринимательской деятельности приобретает практический смысл. Так, в налоговом законодательстве в зависимости от вида предпринимательской деятельности (производственная, торговая, посредническая и др.) определяется и размер налогов.

Предпринимательская деятельность не ограничена только рамками производственной сферы. Она осуществляется и в социально-культурной сфере (например, в области образования, культуры, здравоохранения). Например, учебные заведения (включая и государственные учреждения) могут осуществлять предпринимательскую деятельность.

С учетом количества собственников (учредителей) предпринимательская деятельность может быть подразделена на индивидуальную и коллективную. Первая осуществляется гражданами (физическими лицами), вторая – юридическими лицами (коммерческими и некоммерческими организациями). Иногда в литературе используются термины «корпоративные организации», «предпринимательские образования» и т. д.

Используя такой критерий, как форма собственности, раз-

личают государственное, муниципальное и частное предпринимательство.

Возможны и другие основания для классификации предпринимательской деятельности (например, по субъектам, организационно-правовым формам юридических лиц и др.). Например, с учетом субъектного состава выделяют субъекты малого, среднего и крупного бизнеса.

По поводу предпринимательской деятельности возникают различного рода отношения. Предпринимательские (горизонтальные) отношения представляют собой имущественные отношения товарно-денежного характера, в рамках которых осуществляется предпринимательская деятельность между субъектами хозяйствования либо между последними и гражданами. В сфере названных отношений находят удовлетворение производственные и иные потребности субъектов хозяйствования.

В свою очередь, предпринимательские (вертикальные) отношения складываются между управленческими органами и субъектами хозяйствования в процессе осуществления ими предпринимательской деятельности. Их содержание составляют организационные действия различных управленческих органов (антимонопольные, финансовые, налоговые органы, органы стандартизации, метрологии и др.)^[118].

Особую группу отношений, регулируемых действующим законодательством, образуют внутрифирменные (внутрихозяйственные) отношения. Они являются самостоятельной

сферой правового регулирования. Эти отношения регулируются предприятиями (организациями) путем издания локальных правовых актов.

Именно эти **три группы отношений** и **составляют предметное единство** – сферу правового регулирования. Указанные виды отношений не просто разнородны (разнородность имеется и в гражданском праве, например, между имущественными и личными отношениями), они находятся в иерархическом соподчинении, зависимы друг от друга прямо или косвенно. Это обуславливает очень тесную, зачастую функциональную взаимосвязь между рассматриваемыми отношениями^[119].

В литературе было высказано мнение о том, что центральное и доминирующее место в предмете предпринимательского права занимают внутрифирменные или корпоративные отношения^[120]. По мнению Т. В. Кашаниной, «...это прежде всего разнообразные отношения внутри корпорации как единого и целостного образования, в котором объединены такие разноплановые категории людей, как собственники, управляющие, наемные работники. Интересы этих людей порой бывают взаимоисключающими (например, собственники заинтересованы во вложении полученной прибыли в развитие производства, наемные работники – в ее распределении и потреблении). Достичь баланса различных интересов позволяют умело составленные корпоративные нор-

МЫ»^[121].

Едва ли можно согласиться с таким выводом. Ключевым для определения содержания и круга участников внутрифирменных отношений является несколько забытое марксистское положение о том, что в общественном производстве существует три вида разделения труда: общее, частное и единичное^[122]. Если общее и частное разделение труда связано с обособлением разнородных ячеек производства, где связь осуществляется (в условиях товарного производства) в форме товарообмена, то единичное разделение труда существует лишь в рамках производственного процесса, результатом которого является товар^[123]. Отсюда следует, что, во-первых, внутрифирменные отношения опосредуют единичное разделение труда и складываются лишь в рамках тех организационных форм, в которых ведется общественное производство, во-вторых, они обслуживают только сферу производства, а не обмен, и, в-третьих, по своему существу не являются товарно-денежными.

Важным признаком в понимании природы внутрифирменных отношений служит тезис о структуре производственных отношений. К. Маркс отмечал, что на основе первичных отношений складываются производные отношения разных ступеней, «вторичные, третичные, вообще производные, перенесенные, непервичные производственные отношения»^[124]. Поэтому можно утверждать, что внутрифир-

менные (корпоративные) отношения относятся к числу вторичных отношений; тогда как отношение собственности – это основное и первичное общественное отношение.

Возникающие внутрифирменные отношения **неоднородны**. К их числу относятся отношения, складывающиеся по поводу правового статуса самого предприятия (организации), его структурных подразделений (цехов, отделов и др.). Обособленную группу образуют отношения принадлежности имущества структурным подразделениям предприятия, в том числе представительствам и филиалам.

Следующая группа отношений – внутрифирменные имущественные связи, которые возникают между структурными подразделениями предприятия в процессе осуществления им хозяйственной деятельности. По своему экономическому существу они представляют собой отношения обмена результатами труда, разделенного в рамках предприятия между внутренними звеньями^[125]. Указанные связи возникают в сфере непосредственного производства, а не в области товарно-денежного обращения.

Внутрифирменные управленческие отношения складываются между предприятием и его структурными подразделениями. В данной области осуществляются, например, внутрифирменное планирование и прогнозирование. Главная функция управления – выработка и принятие решений. Другими его функциями являются контроль, учет и анализ, которые предшествуют функции принятия решения.

Еще одну группу составляют отношения, которые связаны с правовым статусом учредителей (участников) предприятий. Соответствующие локальные (корпоративные) правовые акты регламентируют их права и обязанности, ответственность по долгам (обязательствам) предприятия.

Самостоятельное место в системе внутрифирменных отношений занимает организация правовой работы на предприятии. Она (организация) также регулируется актами локального действия.

Итак, в структуре общественных отношений, регулируемых предпринимательским правом, исходные (отправные) позиции принадлежат, на наш взгляд, так называемым горизонтальным отношениям, являющимся объектом цивилистического типа правового регулирования, который в сочетании с комплексным хозяйственно-правовым (предпринимательским) подходом может принести существенный эффект^[126]. Ни внутрифирменным, ни управленческим, а имущественным (товарно-денежным) отношениям отводится центральное место в системе общественных отношений, составляющих предмет предпринимательского права.

Существенным в понимании предпринимательства является норма ст. 34 Конституции РФ, гласящая: «Каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности».

Иначе говоря, с точки зрения Основного закона пред-

принимательская деятельность есть деятельность экономическая. Это обстоятельство игнорируется и экономистами, и юристами. Нет указания на предпринимательство как разновидность экономической деятельности и в легальном определении предпринимательской деятельности, содержащемся в ст. 2 ГК РФ. Однако анализ действующего законодательства показывает, что законы и иные нормативные правовые акты, относящие конкретную деятельность к предпринимательской или непредпринимательской, сами требуют юридической оценки на предмет их соответствия Конституции^[127]. Приведем в качестве примера два закона.

Согласно ст. 1 Основ законодательства РФ о нотариате от 11 февраля 1993 г. (в ред. ФЗ от 29 июня 2004 г. № 58-ФЗ) нотариальная деятельность не является предпринимательством и не преследует цели извлечения прибыли^[128]. Это положение относится и к государственным нотариальным конторам, и к нотариусам, занимающимся частной практикой. Так, денежные средства, полученные частнопрактикующим нотариусом, после уплаты налогов, других обязательных платежей поступают в его собственность и распоряжение. А средства эти действительно немалые.

С другой стороны, Закон РФ от 10 июля 1992 г. № 3266-1 «Об образовании» (в ред. ФЗ от 20 июля 2004 г. № 68-ФЗ), в котором в силу ст. 48 индивидуальная трудовая педагогическая деятельность с получением доходов признается предпринимательской и подлежит государственной регистрации.

Такая деятельность не лицензируется^[129]. Таким образом, так называемые репетиторы, которые систематически помогают детям лучше освоить школьные дисциплины, являются предпринимателями со всеми вытекающими правовыми последствиями.

Понятия «предпринимательская деятельность», «торговая деятельность», на наш взгляд, – **не синонимы**. Известно, что процесс производства продукции (товара) в широком значении слова можно подразделить на отдельные этапы и виды деятельности. Это – маркетинг (поиск и изучение рынка); проектирование и (или) разработка технических требований продукции; подготовка и разработка производственных процессов; производство (в узком смысле); торговая (торгово-посредническая, торгово-закупочная) деятельность; контроль, проведение испытаний и обследований; упаковка и хранение; монтаж и эксплуатация; техническое обслуживание; утилизация использования. Данные этапы и виды деятельности охватываются термином «жизненный цикл продукции», который получил легальное закрепление в российском техническом законодательстве и широко применяется на практике. В зарубежном законодательстве используется понятие «петля качества», введенное в оборот стандартами ИСО серии 9000. С этой точки зрения можно выделить основные стадии жизненного цикла продукции: производство, распределение, обмен, потребление (эксплуатация). Причем между ними существует тесная связь

и взаимообусловленность. «...Производство есть непродуцируемое потребление, потребление есть непосредственно производство, – указывал К. Маркс. – Каждое непосредственно является своей противоположностью. Однако в то же время между обоими имеет место опосредствующее уважение»^[130]. Иначе говоря, в этом проявляется единство и существенная связь различного.

Производство – это та стадия, в рамках которой создается продукт, а точнее – материальные блага и услуги. Распределение и обмен опосредствуют связь между производством и потреблением. Добавим – и не только. В известном смысле эффективное производство вообще невозможно без «первичности» обмена и распределения^[131].

По меткому выражению Л. Маршалла, потребление можно рассматривать как своеобразное отрицательное производство, поскольку в процессе его происходит уменьшение или разрушение полезных свойств продукта труда^[132]. Существует два типа потребления: личное и производственное, или производительное, потребление.

Обмен играет важную роль в производственном процессе. В экономической литературе было обращено внимание на производительность обмена. Равно как и производство, обмен также производителен, ибо способствует перемещению в пространстве благ таким образом, что полнее удовлетворяются человеческие потребности и, следовательно, увели-

чивает богатство общества^[133]. Производительный характер обмена разрушает сложившийся в общественном сознании стереотип мышления о том, что торговцы «ничего не создают».

Итак, производственная и торговая (торгово-посредническая, торгово-закупочная) деятельность – это самостоятельные виды «жизненного цикла продукции». По своему экономическому содержанию торговля входит в стадию обмена продуктами труда.

Проф. Г. Ф. Шершеневич писал: «Деятельность, имеющая своей целью посредничество между производителями и потребителями при обращении экономических благ, называется торговлей»^[134]. В свою очередь, торговля подразделяется на оптовую и розничную.

Видный ученый-цивилист указывал также на необходимость разграничения понятия «торговля» в экономическом и правовом смыслах. Дело в том, что в экономической науке сложилось устойчивое представление о торговле как об одном из видов деятельности, в рамках которого происходит реализация товаров путем продажи^[135].

Поэтому, по мнению Шершеневича, круг отношений, к которым применяется торговое право, далеко выходит за пределы, намеченные экономическим представлением о торговле. «Первоначально действительно торговое право совпадало с правом торгового оборота, но постепенно область

применения торгового права стала расширяться и переходить в область экономического оборота»^[136].

Едва ли, на наш взгляд, можно безоговорочно согласиться с таким противопоставлением понятия «торговля». Как правило, и с экономической, и с юридической точки зрения торговля есть продажа товара. Однако в рамках договорного типа «купля-продажа» ГК РФ (гл. 30) различает отдельные виды договорных обязательств: розничную куплю-продажу, поставку товаров, включая и для государственных нужд, контрактацию, энергоснабжение, продажу недвижимости и предприятия.

В международной экономической сфере применяются различные виды гражданско-правовых сделок по встречной торговле. В своей известной книге проф. К. Шмиттгофф выделяет следующие виды сделок по встречной торговле: взаимные закупки, бартер (товарообмен), соглашения об обратной закупке, компенсационные соглашения, сделки с правом распоряжения товаром и сделки с передачей финансовых обязательств^[137]. И хотя с экономической стороны встречная торговля является частным случаем обмена, не все ее виды можно отнести к договорному типу купли-продажи. Так, внешнеторговому бартеру присущ ряд юридических особенностей, отличающих его не только от договора купли-продажи во внешней торговле, но и от договоров мены и купли-продажи, совершаемых в сфере внутреннего оборота^[138].

Проф. Г. Ф. Шершеневич прав в том, что изначально торговое право обслуживало торговый оборот, под которым понималась совокупность сделок по купле-продаже. Затем, по мере расширения сферы применения торгового права, происходит особое явление, именуемое в специальной литературе «диверсификация семантического поля», когда наблюдается терминологическая отдаленность от первоначального ядра (содержания). **Таким образом**, налицо несовпадение наименования понятия (в нашем случае – «торговое право») и его содержания.

Не менее изменчива и судьба понятия «коммерческое право». Так, уже в римском праве понятие «*jus commercii*» (сделкоспособность) наряду с «*jus conubii*» (способность вступления в законный брак) представляло собой одну из сторон правоспособности римского гражданина в области частного права («*jus civile*»)^[139]. В свою очередь, словосочетание «*res in commercio – res extra commercium*» позволяет говорить о гражданском обороте вообще – системе отношений, регулируемых гражданским правом^[140]. Далее, европейские языки обогатили смысл данного термина за счет его использования в устойчивых сочетаниях с другими словами, следствием чего стали «*commerciam culturale*», «*commerciam epistolare*» (ит. – культурные связи, переписка), «*commerce des pensees*» (фр. – обмен мыслями, информацией), англ. «*commerce*» – способное обозначать общение в целом, а не только торговлю. В Россию «коммерция»

как самостоятельная лексическая единица пришла во времена Петра I от лат. «commercium» через новонемецкое «kommerzein»^[141].

В современном русском словаре слово «коммерция» означает торговлю, торговые операции^[142]. Иначе говоря, коммерция и торговля – это синонимы, а потому понятия «коммерческое право» и «торговое право» также совпадают по объему и содержанию.

В литературе (преимущественно экономической) приняты попытки провести разграничение между более широким понятием «коммерция (коммерческая деятельность)» и собственно торговлей. Например, коллектив авторов учебного пособия по вопросам коммерческо-посреднической деятельности считает, что понятие «коммерческая деятельность» охватывает не только торговлю в узком смысле (посредническую), но и коммерческую продажу и коммерческое приобретение товаров^[143]. Однако, на наш взгляд, непонятно, почему названные авторы ограничили объем понятия «торговля (торговая деятельность)» лишь деятельностью посреднической.

В этой связи небезынтересно привести мнение коллектива авторов учебника «Предпринимательство» для студентов экономических специальностей высших учебных заведений. Рассматривая предпринимательство и связывая его с основными фазами воспроизводственного цикла (производством

продукции и услуг, обменом и распределением товаров, их потреблением), авторы учебника предлагают выделить такие виды предпринимательской деятельности, как производственное, коммерческое, финансовое и консультативное. При этом под коммерческим предпринимательством они понимают деятельность товарных и торговых организаций. Основным полем деятельности финансового предпринимательства являются коммерческие банки и фондовые биржи^[144].

С учетом жизненного (воспроизводственного) цикла продукции Л. В. Бусыгин выделяет производительную (читай: производственную), посредническую и финансовую предпринимательскую деятельность (предпринимательство в финансовой сфере)^[145]. В состав посреднической деятельности включены конкретные формы агентирования (брокерство, комиссия, делькредере, индент, консигнация), оптовое купечество (дистрибьюторство, дилерство, торговое маклерство, джобберство), посылторговское посредничество, торговое представительство (коммивояжерство, аукционерство), биржевое предпринимательство, риэлторство.

Оригинальна точка зрения, которая принадлежит Б. И. Пугинскому. Ставя знак равенства между торговой и коммерческой деятельностью, названный ученый вместе с тем радеет за отмежевание коммерческого права от права торгового. Он пишет: «Коммерческое право в содержательном отношении представляет собой подотрасль гражданского права, ведь торговый оборот – это часть имущественного оборо-

та, регулируемого гражданским правом»^[146]. Исходя из отраслевой (гражданско-правовой) принадлежности, коммерческое право различается как наука и учебная дисциплина. Если торговое право исторически рассматривает правовое регулирование торговой отрасли (управление торговлей, ее финансирование, особенности трудовых отношений, правила торговли и т. п.), то коммерческое право, по мнению Пугинского, должно строиться как отраслевая, а не как комплексная дисциплина.

Далее мы читаем: «Опыт показывает, что для обучения юристов целесообразнее изучать отдельные отрасли права: их предмет, метод, содержание. Лишь для подготовки к работе в определенных областях полезно, причем уже на старших курсах, изучать комплексные юридические дисциплины. Л вот для обучения неюристов более удобен второй подход – разбор комплексного регулирования отрасли хозяйства нормами разных отраслей права»^[147]. Резонно возникает вопрос: чей опыт показывает? По крайней мере, многолетняя практика преподавания в Уральской государственной юридической академии (ранее – Свердловский юридический институт) учебных курсов хозяйственно-правовой специализации красноречиво свидетельствует о следующем.

Правовая специализация для студентов Института права и предпринимательства УрГЮА начинается в основном с 3-го курса, хотя, на наш взгляд, это надо делать гораздо раньше. Известно, что первые два курса «заполнены до кра-

ев» теоретико-историческими дисциплинами, что предписано Государственным образовательным стандартом. Но едва ли можно безоговорочно согласиться с таким положением.

Российский юрист должен быть широко эрудированным, а не стряпчим. Однако без глубоких специальных знаний нельзя говорить о высококвалифицированном специалисте. Если высокоэрудированные студенты не в состоянии «состряпать» исковое заявление, то кому нужна их эрудиция? Возможно, она пригодится для участия в КВН.

Нужна модель, содержащая квалификационные требования к выпускникам юридических вузов (факультетов), имеющих хозяйственно-правовую специализацию. В условиях перехода России к рыночной экономике, а также ее интеграции с европейским и международным экономическим сообществом необходимо формировать не только особую касту предпринимателей. В области юридического образования надо готовить для новой России юристов-рыночников.

Нет слов, в системе обучения и правовой специализации важное значение принадлежит отраслевым учебным дисциплинам. Поэтому преподавание предпринимательского права следует рассматривать в контексте с другими общими и специальными учебными дисциплинами. Особое значение приобретает вопрос о соотношении гражданского и предпринимательского права. Надо отметить, что независимо от научных взглядов на юридическую природу предпринимательского права, фундаментальную его основу образует ци-

вилистический тип правового регулирования общественных отношений. С другой стороны, нельзя превращать предпринимательское право во второстепенную учебную дисциплину. Однако при этом необходимо избегать слепого копирования преподавания тех или иных вопросов в курсе гражданского права. Специфика преподавания предпринимательского права заметно усиливается за счет увеличения объема публично-правовых начал. Отсюда очередная проблема – соотношение предпринимательского права с административным, международным частным, финансовым правом. Нужны междисциплинарные (межкафедральные) связи и согласования «пограничных тем».

Главная задача («сквозная» идея) преподавания предпринимательского права – комплексный подход к изучению вопросов правового регулирования предпринимательской деятельности. В рамках курса изучается механизм взаимодействия норм, правовых институтов, отраслей права, а также различных методов правового регулирования предпринимательских отношений. Такое взаимодействие не лежит на поверхности.

Предпринимательское (вместе с гражданским) право должно служить теоретической и методологической базой для становления и развития многих специальных и факультативных курсов (например, таких, как банковское, биржевое, инвестиционное, страховое право). Все это требует определенного пересмотра и переосмысливания всей учеб-

ной программы студентов, избравших хозяйственно-правовую специализацию. Причем важно не само количество учебных дисциплин. Главное здесь – те первостепенные цели, которые преследуются вузом при подготовке студентов, избравших хозяйственно-правовую специализацию. Углубленная специализация обеспечивается рядом факторов, среди которых не последнее место принадлежит увеличению академических часов на изучение факультативных и специальных курсов. Например, вопросам несостоятельности (банкротства) в рамках гражданского (или предпринимательского) права отведено небольшое количество часов, тогда как спецкурс «Правовые основы несостоятельности (банкротства)» рассчитан на 20 часов и более.

Появление новых спецкурсов и факультативов – отражение общественных потребностей, реально складывающихся экономических отношений через призму преподавания учебных дисциплин хозяйственно-правовой специализации.

Итак, можно подвести **некоторые промежуточные итоги. Во-первых**, производственная и торговая (коммерческая) деятельность являются разновидностью хозяйственной деятельности. Наряду с хозяйственной деятельностью субъекты хозяйствования осуществляют и иные виды деятельности. К их числу относится и деятельность в области социального развития трудовых коллективов (например, управление трудовыми ресурсами, совершенствование организации и оплаты труда; охрана здоровья членов трудового

коллектива; строительство жилых домов, детских учреждений и других объектов социального назначения).

По своей природе социальная деятельность носит непродуцированный характер, однако это не означает, что она играет второстепенную роль в жизнедеятельности хозяйствующих субъектов. Игнорирование и недооценка развития социальной сферы – одна из основных причин снижения заинтересованности работников предприятий в конечных результатах своего труда.

Таким образом, можно выстроить соотношение между названными выше базовыми категориями в следующей последовательности: экономическая деятельность – хозяйственная деятельность – предпринимательская деятельность – коммерческая деятельность^[148].

Во-вторых, с учетом деятельностного подхода можно утверждать, что хозяйственное право и предпринимательское право, с одной стороны, а также предпринимательское право и торговое (коммерческое) право, с другой, – это перекрещивающиеся понятия. Предпринимательское право регулирует разнородные отношения в сфере экономики: предпринимательские горизонтальные и вертикальные, а также внутрифирменные.

С нашей точки зрения, коммерческое право есть составная часть предпринимательского права; та часть (совокупность правовых норм), которая осуществляет регулирование коммерческого оборота^[149].

В-третьих, в современных условиях разделение отношений в области предпринимательства, например, на регулируемые гражданским правом и административным иногда невозможно. Так, институт юридических лиц относится к гражданско-правовым средствам. Однако порядок (процедура) их государственной регистрации носит административно-правовой характер. Провести условное разграничение между ними по отраслевому критерию не вызывает затруднений. Вопрос в другом: следует ли производить «чистку» гражданского законодательства от инородных норм в целях сохранения цивилистического целомудрия?

Думается, что даже ортодоксальные цивилисты вряд ли положительно ответят на этот вопрос, поскольку такая чистота принесет большой вред правовому регулированию рыночных отношений. Умозрительно можно представить, что банкротство как основание ликвидации предприятия покинуло место «юридической прописки» в ГК по той причине, что указанный институт является комплексным, содержащим преимущественно нормы административного и процессуального права. Однако, если повернуться лицом к живой экономике, а не впадать в крайности теоретических рассуждений о чистоте цивилистического типа правового регулирования, такое предложение (даже умозрительно) покажется странным.

Важно отметить, что многие основные институты правового регулирования экономики не укладываются в прокру-

ство ложе частного права. В этом смысле нет «юридической прописки» таким новым образованиям, как банки и банковская деятельность, биржи и биржевая деятельность, страховые организации и страховая деятельность, инвестиционные компании и инвестиционная деятельность и др. Пора понять, что закон всегда имеет в виду то, что соответствует разуму.

§ 4. Методы предпринимательского права

С общетеоретических позиций **метод правового регулирования** общественных отношений – это способы (приемы, средства) воздействия права на поведение людей. Эта точка зрения является господствующей в отечественной правовой науке. Проф. С. С. Алексеев пишет: «Он (метод. – В. Б.) представляет собой особые способы, средства, приемы, используемые при правовом регулировании определенного, качественно своеобразного вида общественных отношений»^[150]. Причем метод правового регулирования – это совокупность способов (средств, приемов).

Аналогичной точки зрения придерживаются и представители отраслевых наук. Проф. В. Ф. Яковлев определяет гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений как совокупность приемов (способов) воздействия отрасли на поведение людей^[151]. По его мнению, правонаделение – главная сущностная черта гражданско-правового метода.

Существует и иное мнение по рассматриваемому вопросу. Например, проф. О. С. Иоффе и проф. М. Д. Шаргородский при определении метода регулирования видят в нем выражение какого-либо одного способа опосредования обществен-

ных отношений^[152].

Эта точка зрения нашла свое развитие в трудах ученых-цивилистов. Вот что по этому поводу пишет проф. Н. Д. Егоров: «Спорным в цивилистической науке является и вопрос о методе гражданско-правового регулирования. Широкое распространение получило мнение о том, что нельзя сводить отраслевой метод правового регулирования к какому-то одному приему, способу, используемому законодателем в данной отрасли права... Такое понятие метода можно использовать для раскрытия содержания гражданско-правовой формы, отразив в нем все многообразие различных приемов и способов воздействия на многочисленные общественные отношения, входящие в предмет гражданского права. Однако как невозможно перечислить все общественные отношения, входящие в предмет гражданского права, так невозможно и привести все приемы и способы воздействия на них... Метод как критерий, индивидуализирующий гражданско-правовую отрасль в системе российского права, должен характеризоваться только одной чертой, но такой, которая присуща любой норме гражданского права. В качестве такой черты и выступает юридическое равенство сторон»^[153].

Проф. М. И. Брагинский также солидарен с мнением Н. Д. Егорова, считая, что частное правоотношение построено на началах равенства^[154].

Сторонники концепции хозяйственного (предпринимательского) права также исходят из широкого понимания метода правового регулирования^[155]. При этом хозяйственное (предпринимательское) право имеет не один, а несколько методов правового регулирования. По мнению В. В. Лаптева, в предпринимательском праве применяются следующие методы правового регулирования: метод автономных решений (метод согласования), метод обязательных предписаний, метод рекомендаций^[156].

В науке административного права распространено мнение, согласно которому общественные отношения, регулируемые административным правом, построены на началах власти и подчинения. «Считается, – пишет проф. В. Л. Юсупов, – что административное право предопределяет отношения «власть – подчинение». Даже в тех случаях, когда возникают «горизонтальные связи» «между двумя или несколькими однопорядковыми органами государственного управления», в них присутствует элемент властности»^[157].

Административные отношения не сводятся только к отношениям «власти и подчинения». В настоящее время ряд авторов указывают на два их вида: вертикальные и горизонтальные. Если первые складываются между субъектами, находящимися либо в прямом организационном, либо в функциональном подчинении, то вторые устанавливаются между субъектами, не подчиненными друг другу^[158]. Такие

горизонтальные отношения являются административными (управленческими), поскольку возникают в сфере исполнительно-распорядительной деятельности и в связи с осуществлением органами государственной власти функций организационного характера. Вторые отношения регулируются публично-правовым договором, для которого характерны некоторые специфические признаки^[159]. Это – предмет договора, обязательства сторон и способы их обеспеченности. Добавим – и не только. Право внедряет в административную деятельность не свойственные ей в прошлом способы воздействия: договоры, рекомендации, конкурсы^[160].

Следовательно, в административном праве наряду с основным (системообразующим) методом действуют дополнительные методы правового регулирования общественных отношений. Вместе с тем такие способы воздействия, как публично-правовой договор, рекомендации не играют определяющей роли в характеристике административно-правового регулирования. Равно как и наличие императивных норм в гражданском праве не влияет на природу и оценку регулируемых связей.

Комплексный характер присущ и методу трудового права. Он (метод) включает в себя как диспозитивное, так и императивное регулирование. Разные стороны метода проявляются в разных институтах трудового права. Так, в таких институтах, как коллективный, трудовой договор, заработная плата, участники трудовых отношений имеют значи-

тельную свободу в установлении своих прав и обязанностей. В других институтах (дисциплинарная ответственность, материальная ответственность, охрана труда и др.) поведение участников трудовых отношений predetermined, свобода их поведения ограничена, велико вмешательство государства и законодательства^[161]. Думается, что использование словосочетания «диспозитивное и императивное регулирование» страдает серьезным недостатком и не позволяет раскрыть специфику метода трудового права. Более правильно, на наш взгляд, говорить о двух методах регулирования трудовых отношений: равенства и подчинения^[162].

Подводя некоторый итог по спорному вопросу о методе правового регулирования, надо отметить следующее. **Во-первых**, в основных отраслях права (конституционное, административное, гражданское и др.) правовой метод представляет собой не совокупность способов (приемов, средств), а конкретный способ воздействия на соответствующие общественные отношения. Напротив, в комплексных отраслях, гармонично сочетающих публично-правовые и частно-правовые начала, применяются два и более метода правового регулирования. Причем эти методы занимают равное положение, взаимодействуя между собой и дополняя друг друга. **Во-вторых**, вряд ли корректно использовать при характеристике какого-либо метода ссылки на его черты (свойства). Так, к главным особенностям гражданско-правового метода регулирования проф. О. Л. Красавчи-

ков относит: юридическое равенство субъектов общественных отношений; основанную на законе инициативу участников гражданских правоотношений в формировании и развитии последних; диспозитивность в осуществлении прав, принадлежащих субъектам гражданского права; имущественную ответственность; исковой порядок защиты гражданских прав^[163]. Не только в теоретическом, но и в практическом плане указанные свойства гражданско-правового метода, на наш взгляд, не способствуют раскрытию сущности данного явления. В рассматриваемой плоскости основной упор делается на свойствах (чертах) метода, но при этом игнорируется само определение метода.

В-третьих, в определении метода как совокупности способов (приемов, средств) содержится порочная логико-языковая конструкция: когда одно явление определяется через другое. Резонно возникает вопрос: что есть способ, прием и средство? По крайней мере, в общей теории права принято (наряду с методом правового воздействия) выделять три основных способа правового регулирования. Это – предоставление участнику правовых отношений субъективных прав (управомочивание); обязывание как предписание совершить какие-то действия; запрет, т. е. возложение обязанности воздерживаться от определенных действий^[164].

В литературе по хозяйственному (предпринимательскому) праву чаще всего называют несколько методов правового регулирования: обязательных предписаний; автономных

решений (метод согласования); рекомендаций^[165]. Иногда можно встретить мнение о том, что метод автономных решений состоит из двух компонентов: метода согласования и метода разрешения^[166]. Эта точка зрения имеет давнюю историю и практически не претерпела каких-либо существенных изменений.

Среди представителей концепции хозяйственного (предпринимательского) права есть и другой взгляд на метод правового воздействия. Проф. В. С. Мартемьянов и его сторонники (преимущественно ученики) рассматривают метод хозяйственного (равно и предпринимательского) права в качестве единого метода правового регулирования^[167]. При этом они ссылаются на научную позицию В. Д. Сорокина, который в середине 70-х годов выдвинул учение о наличии в советском праве единого метода правового регулирования. По мнению названного автора, единый метод правового воздействия включает следующие системные элементы: дозволение, предписание и запрет, которые взаимодействуют между собой^[168]. Отметим, что указанную научную позицию с оговорками поддержали лишь отдельные ученые. Большинство исследователей не согласны с таким подходом, считая, что каждая отрасль права имеет свой (специфический) метод правового регулирования.

Мы также не разделяем позицию В. Д. Сорокина и его последователей, поскольку единый метод правового воздей-

ствия не соответствует реальной действительности и в научном плане бесперспективен. При таком подходе происходит «юридическое нивелирование» различных отраслей права с потерей специфических черт (свойств). Напротив, отраслевой метод позволяет раскрыть и понять особенности той или иной отрасли, а также провести разграничение между смежными отраслями.

По этой же причине нельзя согласиться с мнением о том, что хозяйственное (предпринимательское) право имеет несколько методов правового воздействия: обязательных предписаний; автономных решений (метод согласования); рекомендаций. Предлагаемые методы носят общий характер и не вписываются в рамки учений об отраслях права. Непонятно, например, что есть метод автономных решений (согласований)? Ведь метод согласований широко используется и в гражданском праве, и в административном праве (в других отраслях публичного права). То же самое можно сказать и о методе обязательных предписаний.

По нашему мнению, понятие «правовой метод» следует рассматривать **в широком и узком значениях**. В первом случае речь идет о методах публичного и частного права как суперотраслях, во втором – об отраслевом методе. С позиции деления права на публичное и частное можно выделить два метода правового регулирования: метод централизованного (императивного) и метод децентрализованного (дозволительного) регулирования. Метод централизован-

ного регулирования воздействия базируется на отношениях субординации между участниками общественных отношений. При его помощи регулируются отношения, в которых приоритетным, как правило, является общесоциальный интерес. Поэтому централизованные методы используются в публично-правовых отраслях. Напротив, метод децентрализованного регулирования построен на координации целей и интересов сторон и применяется для регламентации отношений субъектов гражданского общества, удовлетворяющих в первую очередь свои частные интересы^[169].

В узком (отраслевом) значении понятие «правовой метод» наполняется конкретным содержанием с учетом специфики и характера регулируемых отношений. Так, в сфере гражданского права применяется такой метод правового регулирования, как юридическое равенство, в области административного – метод подчинения. В других отраслях права указанные методы также находят соответствующее применение в той или иной комбинации. Например, в земельном, природоресурсном и экологическом праве гармонично сочетаются и метод юридического равенства, и метод подчинения. Аналогичная картина наблюдается в сфере действия предпринимательского права. Поэтому не надо конструировать правовые методы, оторванные от реальной действительности. Хотя мы допускаем, что с точки зрения отстаивания самостоятельности какой-либо (спорной) отрасли права наличие нового (ранее неизвестного) метода правового регу-

лирования – важный теоретический аргумент.

Научные исследования категории «правовой метод» должны быть продолжены в двух направлениях: общетеоретическом и отраслевом. Оба направления тесно взаимосвязаны между собой.

Следует признать справедливым утверждение о том, что «развитие и совершенствование теоретических и правовых основ предпринимательского права в области его предмета и метода – длительный, но совершенно неизбежный процесс». Иногда даже самые точные (идеальные) определения понятий в уже сложившихся отраслях публичного и частного права могут быть относительно стабильными лишь определенный период, после чего они подвергаются изменениям и дополнениям^[170].

§ 5. Принципы предпринимательского права

В общем виде правовые принципы – это выраженные в праве исходные нормативно-руководящие начала, характеризующие его содержание (основы) и закреплённые в нем закономерности общественной жизни^[171]. Они (принципы) обладают рядом свойств, что ставит их в один ряд с другими системообразующими факторами, такими как предмет и метод правового регулирования общественных отношений.

Во-первых, принципы права – это его сквозные «идеи», которые пронизывают права. Однако указанные начала не представляют собой что-то абстрактное. Напротив, они являются не чем иным, как идеологическим (надстроечным) отражением потребностей общественного развития. В них получают выражение не только основы права, но и закономерности социально-экономической жизни общества^[172].

Во-вторых, правовые принципы должны быть реально выражены в самом праве. Так, в ст. 1 ГК РФ нашли свое непосредственное отражение основные начала гражданского законодательства, а в ст. 3 Налогового кодекса РФ – основные начала законодательства о налогах и сборах. Те начала, которые еще не закреплены в правовых нормах, не могут быть отнесены к числу правовых принципов. Они являются

ся лить идеями (началами) правосознания, научными выводами^[173]. Обычно принципы выступают в виде норм (норм-принципов).

В-третьих, будучи нормами права, принципы выполняют регулятивную функцию, т. е. непосредственно регулируют общественные отношения. В частности, принципы гражданского права применяются, если есть пробелы в гражданском законодательстве и возникает необходимость в применении аналогии права (п. 2 ст. 6 ГК РФ).

В литературе принято подразделять принципы на общие и специфические (отраслевые). Кроме того, в юридической науке выделяют принципы правовых институтов. К числу общих принципов можно отнести: принципы законности, справедливости, юридического равенства, социальной свободы и др.

Значительные трудности возникают при определении отраслевых принципов, особенно тех, которые по каким-либо причинам не получили закрепление в действующем законодательстве. Примечательно, что ряд глубоких в теоретическом плане работ посвящен именно проблемам отраслевых принципов.^[174] Не обошли эту сложную тему и представители концепции хозяйственного (предпринимательского) права.

В разные годы становления и развития российского общества указанные принципы менялись, отражая объективные условия жизни общества. Так, в учебнике «Хозяйственное

право» названы следующие принципы хозяйственного права: единство политического и хозяйственного руководства, ведение хозяйственной деятельности на основе социалистической собственности, демократический централизм, плановость, хозяйственный расчет, постоянное совершенствование форм и методов руководства экономикой, социалистическая законность в хозяйственных отношениях^[175]. Все это уже ушло в прошлое.

В современной России произошла существенная ориентация на создание рыночной экономики. Однако, как верно отмечает проф. В. С. Якушев, российская экономика переживает переходный период, ее еще нельзя считать вполне рыночной^[176]. Вместе с тем необходимо определить черты переходного периода, а это – задача экономической науки.

Теперь обратимся к **принципам предпринимательского права**. По мнению акад. В. В. Лаптева, основными принципами предпринимательского права являются: свобода предпринимательской деятельности; юридическое равенство всех форм собственности, используемых в предпринимательской деятельности; свобода конкуренции и ограничение монополистической деятельности; получение прибыли как цели предпринимательства; законность в предпринимательской деятельности; сочетание частных и публичных интересов в предпринимательском праве; государственное регулирование предпринимательской деятельности^[177]. Иначе

говоря, здесь не названы неосновные принципы, а потому их перечень остается открытым.

Проф. В. С. Мартемьянов исходит из более узкого круга правовых принципов. В учебнике по хозяйственному праву он называет следующие принципы: экономическая свобода; защита экономических интересов хозяйствующих субъектов и поощрения предприимчивости в хозяйствовании; государственное воздействие на отношения в народном хозяйстве преимущественно на основе применения экономических мер и методов; конкуренция и защита от монополизма; законность^[178].

Вторят ему и проф. В. С. Анохин, и проф. О. М. Олейник^[179]. Причем делают это настолько механически, что практически дословно (включая и терминологические нюансы) воспроизводят позицию В. С. Мартемьянова. Однако не надо забывать, что учебник по хозяйственному праву (т. 1) был издан в 1994 г., что не могло не отразиться и на используемой в нем терминологии. Образно говоря, «дух» предпринимательства и соответственно предпринимательского права уже витал над Россией.

В этой связи представляется целесообразным высказать собственное видение этой проблемы. **В первую очередь отметим**, что отсутствие предпринимательского кодекса (или иного кодифицированного акта) не лишает возможности говорить о принципах предпринимательского права. Большинство правовых принципов, которые могут с боль-

шим успехом применяться в области предпринимательской деятельности, содержатся в Конституции РФ. На это обратили внимание и представители концепции хозяйственного (предпринимательского) права, и сторонники других теоретических взглядов. Весьма убедительно на этом фоне звучат утверждения проф. Г. Л. Гаджиева – судьи Конституционного Суда Российской Федерации. Он прав, утверждая, что гражданско-правовые принципы равенства участников отношений, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела и др. выводятся из ряда норм Конституции РФ^[180]. То же самое можно сказать и о предпринимательском праве как комплексной отрасли права.

Поэтому не случайно акад. В. В. Лаптев и проф. В. С. Мартемьянов называют основные принципы хозяйственного (предпринимательского) права, которые прямо вытекают из конституционных норм.

Далее подчеркнем, что с учетом **комплексной (публично-, частно-правовой) природы** предпринимательского права было бы нелепо игнорировать те принципы, которые свойственны отраслям публичного и частного права (например, административному, гражданскому праву и т. д.). Например, провозглашенный в ст. 1 ГК РФ принцип свободы договора нельзя игнорировать и ограничивать его сферу применения рамками гражданского права. Принцип свободы вытекает также из некоторых норм Конституции РФ (п. 2 ст. 35, ст. 74, п. 4 ст. 75).

Нельзя проводить разграничительную линию (типа китайской стены) между принципами гражданского и предпринимательского права. Так, несмотря на то что в ГК РФ (ст. 1) принцип свободы предпринимательства не получил легального закрепления, сказанное не свидетельствует о его отсутствии вообще в гражданском праве. Вот почему справедливо отчасти мнение проф. Т. И. Илларионовой о том, что гражданско-правовые принципы могут приобретать форму нормативных установок, но часть их реализуется без нормативного оформления. Принцип свободы предпринимательства относится к этому разряду^[181].

Свобода предпринимательской деятельности – основополагающий принцип предпринимательского права. Он (принцип) означает, по мнению В. В. Лаптева, право гражданина или организации начать и вести такую деятельность в любой сфере экономики^[182]. Этот принцип закреплен в ст. 8 Конституции РФ, в соответствии с которой в Российской Федерации гарантируется свобода экономической деятельности. Более конкретно данный принцип раскрывается в ст. 34 Основного закона: «Каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности». Вместе с тем свобода предпринимательства не абсолютна; она может быть ограничена в общественных интересах. Одна из форм такого ограничения – лицензирование отдельных видов предпринимательской деятель-

ности.

Проф. Г. Л. Гаджиев считает, что свобода предпринимательской деятельности включает в себя следующие составные элементы:

– свободу выбирать род деятельности или занятий, свободу быть либо наймодателем-предпринимателем, либо нанимателем (ст. 37 Конституции);

– свободу передвигаться, выбирать место пребывания и жительства – свободу рынка труда (ст. 27);

– свободу объединения для совместной экономической деятельности – выбора организационно-правовой формы предпринимательской деятельности и образования в уведомительном порядке различных предпринимательских структур (ст. 34);

– свободу иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами, свободу владеть, пользоваться и распоряжаться землей и другими природными ресурсами (ст. 34, 35);

– свободу договора – заключать гражданско-правовые и иные сделки (ч. 2 ст. 35, ст. 74, ч. 4 ст. 75);

– свободу от незаконной конкуренции (ч. 2 ст. 34);

– свободу заниматься любой предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельностью в соответствии с принципом «разрешено все, что не запрещено законом» (ч. 1 ст. 34)^[183]. Как видно, свобода

предпринимательской деятельности – сложная по содержанию категория.

Считаем, что свобода предпринимательской деятельности – это **универсальный (интегрированный) принцип** предпринимательского права. Он объединяет в своем составе несколько самостоятельных принципов правового регулирования отношений в сфере предпринимательской деятельности (например, принцип свободы договора, дозволительный принцип, принцип свободы конкуренции и др.)^[184].

В промышленно развитых странах принцип свободы предпринимательства получил закрепление в конституциях (Испания, Италия и др.). Во Франции свобода предпринимательства провозглашена в качестве принципа, имеющего конституционное значение, решениями Конституционного совета. В Германии в перечне прав отсутствует право на занятие предпринимательской деятельностью, но оно выводится из отдельных положений Основного закона^[185]. Вообще надо иметь в виду, что в большинстве зарубежных стран предпринимательство считается неотъемлемой частью (элементом) рыночной экономики. В этих странах сформулирована и применяется общая концепция, согласно которой деятельность предпринимателей рассматривается как полезная, желательная и общественно значимая. Поэтому отсутствие в некоторых государствах Запада конституционно-правовых основ предпринимательской деятельности нельзя истолковывать как серьезный пробел в правовом регулировании со-

ответствующих отношений. В современных условиях предпочтение отдается закреплению в конституциях политических и социально-экономических прав и свобод граждан. Кроме того, в данной области правового регулирования заметную роль в формировании доктрины свободы предпринимательства играет судебная практика.

Напротив, в развивающихся и слабо развитых странах принцип свободы предпринимательской деятельности должен получить, на наш взгляд, законодательное закрепление. Так, Конституция РФ является Основным законом переходного периода, а потому в ней необходимо достаточно четко определить основные принципы в сфере предпринимательства.

Пока что в Основном законе отсутствует не только специальная глава, посвященная предпринимательской деятельности, но в большинстве статей нет и прямого указания на осуществление гражданами права на предпринимательство. Более того, в новой Конституции РФ не нашлось места юридическим лицам как субъектам гражданского права. По этой причине на практике иногда возникает вопрос о применении той или иной статьи Конституции РФ к отношениям с участием юридического лица и в сфере предпринимательской деятельности. Так, в постановлении надзорной инстанции Высшего Арбитражного Суда РФ по делу № К4-Н-7/2648 ответчику (юридическому лицу) было отказано в применении ч. 2 ст. 54 Конституции РФ со ссылкой на то, что данная нор-

ма находится в гл. 2, касающейся прав и свобод человека и гражданина, а не юридических лиц^[186].

В юридической литературе также нет единства мнений среди ученых по этому вопросу. Например, авторы комментария к Конституции Российской Федерации считают, что Конституция (ч. 2 ст. 35) под словом «каждый» в указанной статье понимает гражданина РФ, иностранного гражданина или лицо без гражданства^[187]. Вряд ли можно согласиться с таким мнением.

Комплексный характер принципа свободы предпринимательской деятельности нашел отражение в решениях Европейского суда справедливости в Люксембурге по конкретным делам^[188]. Под принципом свободы предпринимательства Европейский суд подразумевает: 1) свободу выбора занятий или профессии; 2) свободу от незаконной конкуренции; 3) общую свободу совершать все то, что не запрещено законом.

В сравнительном плане интерес вызывает Хозяйственный кодекс Украины^[189], отдельные статьи которого посвящены свободе предпринимательства. Так, ст. 6 Кодекса относит свободу предпринимательской деятельности к общим принципам хозяйствования. Статья 43 раскрывает содержание понятия «свобода предпринимательской деятельности». В силу п. 1 названной статьи предприниматели имеют право без ограничений самостоятельно осуществлять любую пред-

принимательскую деятельность, не запрещенную законом.

Статья 44 Хозяйственного кодекса Украины называет принципы предпринимательской деятельности. Среди них – свобода выбора предпринимателем видов предпринимательской деятельности; самостоятельное формирование предпринимателем программы деятельности, выбор поставщиков и потребителей производимой продукции, привлечение материально-технических финансовых и других видов ресурсов, использование которых не ограничено законом, установление цен на продукцию и услуги; свобода распоряжения прибылью, оставшейся у предпринимателя после уплаты налога сбора и других платежей, предусмотренных законом, и др. Как видно, хотя ст. 44 названа «Принципы предпринимательской деятельности», практически в ней речь идет о свободе предпринимательства как об основополагающем принципе.

Анализ содержания ст. 44 Хозяйственного кодекса Украины еще раз свидетельствует о комплексном характере принципа свободы предпринимательской деятельности.

С принципом свободы предпринимательства, как уже ранее отмечалось, тесно связан принцип **свободы договора**. Данный принцип получил «легальную прописку» и в Конституции РФ (ч. 2 ст. 35, ст. 74, ч. 4 ст. 75), и в ГК РФ (ст. 1, 421). Он (принцип) проявляется в следующем. **Во-первых**, граждане и юридические лица свободны в заключении договора или отказе от его заключения. По общему прави-

ду, понуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда такая обязанность предусмотрена Кодексом, законом или добровольно принятым обязательством. Например, в силу п. 3 ст. 425 ГК РФ коммерческая организация не вправе отказываться от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары, услуги, выполнить для него соответствующие работы. Сторона, заключившая предварительный договор, не вправе уклониться от заключения основного договора (ст. 429 ГК РФ). Кредитные банковские организации не имеют права отказать клиенту без достаточных оснований заключить договор банковского счета (ст. 845, 846 ГК РФ). Предприятие-монополист не вправе отказаться от заключения государственных контрактов в случаях, установленных законом, и при условии, что госзаказчиком будут возмещены все убытки, которые могут быть причинены поставщику в связи с выполнением госконтракта (п. 2 ст. 527 ГК РФ). Перечень таких случаев можно продолжить.

Во-вторых, свобода выбора типа и/или вида заключаемого договора. Стороны могут заключить договор как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами. В ст. 8 ГК РФ такого рода договоры рассматриваются в качестве основания возникновения, изменения и прекращения гражданских правоотношений. Свобода договора дает возможность контрагентам заключить сме-

шанный договор, включающий в силу п. 3 ст. 421 ГК РФ элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами.

В судебной практике нередко встречаются споры, когда суд при характеристике заключенного договора приходит к выводу о том, что стороны заключили договор, прямо не предусмотренный законом, но и не противоречащий ему, либо контрагенты заключили смешанный договор. Приведем в качестве примера следующее арбитражное дело.

²⁹ июня 1998 г. между ТОО коммерческим банком «Урал-контакт-банк» (далее – Банк) и АО «СвердНИИхиммаш» (далее – АО) был заключен кредитный договор № 130. В соответствии с ним Банк выдал АО кредит в сумме 5 000 000 руб. посредством выдачи векселей Банка, под 83 % годовых и сроком погашения 29 июля 1999 г.

³⁰ июня 1998 г. АО предъявило Банку данные векселя к оплате. Однако Банк не оплатил их, а вместо оплаты передал АО простые векселя акционерного общества номинальной стоимостью 4 222 000 руб. В свою очередь, Банк получил от АО пять простых векселей номинальной стоимостью 5 000 000 руб., выданных ранее Банком акционерному обществу по кредитному договору от 29 июня 1998 г. Указанная передача векселей была оформлена договором мены простых векселей от 30 июня 1998 г. № 130 и актом приема-сдачи векселей.

На основании п. 2 кредитного договора АО обязано было

не позднее 25-го числа текущего месяца оплатить проценты за пользование кредитом. Однако АО не исполнило данную обязанность.

Банк обратился с иском в Арбитражный суд Свердловской области о взыскании с АО суммы задолженности.

Решением Арбитражного суда от 7 октября 1999 г. Банку было отказано в удовлетворении исковых требований^[190].

Апелляционная инстанция Арбитражного суда Свердловской области своим постановлением от 22 ноября 1999 г. оставила указанное выше решение без изменения, а жалобу Банка без удовлетворения.

В письме заместителя Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ от 7 апреля 2000 г. № 707/00 подтверждена правильная оценка действий судебных органов по рассматриваемому делу.

Представляется обоснованным вывод суда о том, что хотя названный договор носит наименование «кредитный», фактически таковым не является. В силу ст. 819 ГК РФ по кредитному договору банк или иная кредитная организация (кредитор) обязуется предоставить денежные средства (кредит) заемщику в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты на нее.

Соответствует действительности и нормам ГК РФ и другой вывод судьи арбитражного суда: кредитный договор нельзя признать ничтожным, поскольку в соответствии с п.

2 ст. 421 ГК РФ участники гражданского оборота могут заключить договор как предусмотренный, так и не предусмотренный законодательством. Стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами (смешанный договор). К отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора.

И хотя суд первой инстанции не квалифицирует кредитный договор в качестве притворной сделки, однако такой вывод напрашивается сам по себе. Это положение получило недвусмысленное отражение в постановлении апелляционной инстанции Арбитражного суда Свердловской области от 22 ноября 1999 г.: «...сделка, названная кредитным договором, является притворной (ст. 170 ГК РФ)».

В письме заместителя Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ от 7 апреля 2000 г. № 707/00 подтверждена правильная оценка действий судебных органов по этому вопросу.

Признавая кредитный договор притворным, судебные инстанции не определили его юридической природы. Вряд ли способствовало этому и категоричная позиция, занятая истцом (заявителем).

В постановлении Президиума Высшего Арбитражного

Суда РФ от 2 марта 1999 г. № 7538/98 по конкретному делу было прямо указано, что при новом рассмотрении спора суду необходимо изучить специфику отношений сторон по договору и дать оценку их волеизъявления при заключении спорной сделки. Такой же вывод содержится и в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 марта 2000 г. № 7546/99, а также в ряде других судебных решений.

В-третьих, свобода в определении контрагентов заключаемого договора. В условиях рыночной экономики стороны свободны, самостоятельны в выборе партнеров – участников договорных отношений, за исключением случаев заключения договоров в обязательном порядке. Следует согласиться с мнением о том, что «...гражданское законодательство связывает выбор партнера не только с действиями по заключению договора, но и с компетентным отказом от таких действий для того или иного претендента»^[191]. Судебная практика также дает возможность сделать аналогичный вывод относительно свободы выбора партнера.

В-четвертых, стороны самостоятельно определяют условия заключаемого договора. Такой выбор относится главным образом к несущественным условиям, поскольку существенные условия определены законом или вытекают из вида договора. Правда, существенный характер условий договора могут установить сами контрагенты. Однако в тех случаях, когда содержание соответствующего условия предписано за-

коном или иными правовыми актами, договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам (ст. 422 ГК РФ). Важно отметить и другое положение: стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров (смешанный договор).

Напомним, что до принятия нового Кодекса (во времена бывшего СССР) такая конструкция договора отсутствовала, что вызывало – прежде всего на практике – значительные трудности, ибо было непонятно, какими правилами о договорах следует в данной ситуации руководствоваться. Что касается юридической литературы, то здесь обнаруживалась определенная теоретическая разногласия. Одни ученые считали, что смешанные договоры не имеют права на существование; другие высказывали противоположное мнение по этому вопросу^[192].

Свобода договора не носит абсолютного характера. «Свобода договора могла бы стать абсолютной только при условии, если бы сам Кодекс и все изданные в соответствии с ним правовые акты состояли исключительно из диспозитивных и факультативных норм». Однако, как пишут М. И. Брагинский и В. В. Витрянский, такой путь повлек бы за собой немедленную гибель экономики страны, ее социальных и иных программ^[193].

Для сравнения приведем мнение по этому вопросу английских ученых. Те исследователи этой проблемы, которые придают особое значение субъективной природе договорных

обязательств, считают соглашение сторон итогом свободных и совпадающих желаний. Они выступают против каких-либо ограничений «свободы договора».

Критикуя эту теорию, ее оппоненты отмечают, что в настоящее время основные элементы договора (формальное равенство сторон и свобода волеизъявления лиц) не являются характерными для подавляющего большинства договоров. Причины здесь разные^[194]. В условиях концентрации и централизации капитала, роста общественного производства нет и не может быть экономического равенства предприятий (компаний, корпораций, фирм и т. п.), а также совпадения индивидуальных интересов. Напротив, монопольное положение отдельной фирмы (или группы фирм) на внутреннем рынке каких-либо товаров или услуг приводит в действие механизм подчинения экономически зависимых предприятий.

Широкое применение на практике получили так называемые договоры присоединения или продиктованные договоры, в соответствии с которыми одна сторона (обычно монополист в данной отрасли) предписывает свои условия контрагенту. В Англии, США и других странах они именуются договорами в стандартной форме (standard form contracts)^[195]. Будучи разработанными одной стороной, условия такого договора могут быть приняты или отвергнуты потребителем. Следовательно, последний имеет формальное право отказаться от заключения невыгодного для него договора.

Однако реализация этого права затруднена и практически невозможна, поскольку в силу экономического неравенства контрагент фактически не имеет возможности выбора.

Существенное воздействие на волю сторон при заключении договора оказывает расширяющееся государственно-монополистическое регулирование экономики посредством нормотворческих и административных органов. В частности, нормы английского законодательства содержат общие и специальные запреты необоснованных отказов от заключения договора. С помощью решений антимонополистических ведомств и судебных органов предприятия и организации, уклоняющиеся от заключения договора, вынуждены вступить в контакт с другой стороной для согласования взаимоприемлемых условий сделки. При этом обычно презюмируется, что договор должен быть заключен на «разумных», «обычных» условиях^[196]. Таким образом, в случае отказа продавца (поставщика) от установления каких-либо контактов с покупателем решение юрисдикционных органов может заменить волеизъявление стороны, уклоняющейся от вступления в договорные отношения. «Свобода договора» в данном случае детерминирована указанным решением.

Кроме того, на содержание заключаемого договора значительное воздействие оказывают императивные предписания антимонопольного, валютного законодательства, экспортные и импортные ограничения, нормы, посвященные регулированию цен, и т. п.

Как видно, **свобода договора** (равно как и свобода предпринимательства) может быть ограничена в силу закона, а также иных правовых актов либо по причине экономического (финансового) неравенства хозяйствующих субъектов на определенном рынке. Поэтому о свободе договора можно говорить с юридической и экономической точек зрения.

Принципы свободы предпринимательства и договора тесно связаны с **принципом «свободного перемещения»** объектов предпринимательской деятельности (договоров), который получил закрепление в ст. 8 Конституции РФ и ст. 1 ГК РФ. В силу ст. 8 «в Российской Федерации гарантируется единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, работ и финансовых средств». Гражданский кодекс (п. 3 ст. 1) предусмотрел, что любые ограничения перемещения товаров и услуг могут быть введены только федеральным законом и лишь тогда, когда это оказывается необходимым в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

На практике встречаются случаи, когда некоторые субъекты РФ принимают акты, направленные на незаконное ограничение перемещения товаров (работ, услуг) и финансовых средств. Так, решением Законодательного собрания Владимирской области от 17 апреля 1996 г. № 98 был принят областной закон «О сборе на водку и ликероводочные из-

делия». Он был подписан главой администрации области и вступил в силу с 1 мая 1996 г. Однако эти документы по причине их несоответствия требованиям Конституции РФ (ст. 72, 74, 76), а также ряда федеральных законов были опротестованы прокурором области^[197].

В частности, принятый областной закон, по мнению прокуратуры, противоречил ст. 74 Конституции РФ, согласно которой на территории Российской Федерации не допускается установление сборов и каких-либо иных препятствий для свободного перемещения товаров.

Решением Законодательного собрания области от 13 июня 1996 г. протест прокурора удовлетворен.

Принцип неприкосновенности и юридического равенства всех форм собственности, используемых в предпринимательской деятельности, также прямо вытекает из положений Основного закона (ст. 8, 9, 34, 35). Так, в соответствии с п. 2 ст. 8 «в Российской Федерации признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности». Применительно к земле и другим природным ресурсам данный принцип сформулирован в п. 2 ст. 9 Конституции РФ. В первую очередь отметим, что и в Конституции РФ, и в ГК РФ (п. 1 ст. 212) частная собственность открывает список форм собственности. Однако это не означает, что именно частная форма обладает какими-либо преимуществами перед иными формами собственности. В условиях перехода России к

рыночным отношениям частная собственность играет заметную роль в становлении и развитии отечественной экономики. Ее значение особо проявляется после того, как социалистическая (и прежде всего государственная) собственность перестала быть главной формой собственности и единственной базой производства материальных благ. Правда, и здесь не обошлось без перегибов. На фоне усиления частного-правового начала в регулировании общественных отношений в литературе наблюдается тенденция по умалению (иногда по дискредитации) публичной собственности. Ведь не случайно своим острием тотальная приватизация была направлена против государственной и муниципальной собственности. Что из этого получилось – специальная тема настоящего исследования.

Полагаем, что собственность можно подразделить на две большие группы: частную и публичную. Публичная представляет собой государственную (федеральную и собственность субъектов РФ) и муниципальную собственность. Категория «частная собственность» охватывает все остальные формы собственности. С этих позиций собственность не только физических лиц и большинства организационно-правовых форм коммерческих организаций, но и собственность общественных и религиозных организаций (объединений), например, является частной.

Отметим, что ни в Конституции РФ, ни в ГК РФ не раскрывается смысл словосочетания «иные формы собствен-

ности». Это вызвало в юридической литературе различного рода предположения. Чаще всего указывается на смешанную форму собственности, хотя называются политекономические построения типа коллективной, арендной или общинной собственности. Так, В. В. Лаптев пишет: «Можно предположить, что к ним (иным формам собственности. – В. Б.) относятся смешанные формы, в которых имущество принадлежит как государству, так и муниципальным образованиям, частным лицам и организациям»^[198].

На наш взгляд, категория «смешанная форма собственности» имеет право на существование. Но вряд ли она применима к ситуациям, связанным с созданием юридических лиц. Например, при учреждении акционерного общества публичным образованием и частными лицами не происходит образование смешанной формы собственности. В соответствии с п. 2 ст. 48 ГК РФ между юридическим лицом (в нашем случае – акционерным обществом) и его участниками возникают обязательственные правоотношения, а потому имущество акционерного общества принадлежит ему на праве собственности. Нет смешанной формы собственности и при создании коммерческих организаций с участием иностранного капитала. По законодательству об иностранных инвестициях такие организации могут учреждаться только в форме общества с ограниченной ответственностью или акционерного общества.

Нельзя говорить о смешанной форме собственности и в

отношении унитарных предприятий. В силу ст. 114 ГК РФ унитарное предприятие, основанное на праве хозяйственного ведения, создается по решению уполномоченного на то государственного органа или органа местного самоуправления, а казенное предприятие – по решению Правительства РФ на базе имущества, находящегося в федеральной собственности (ст. 115 ГК РФ). Правовая модель унитарного предприятия исключает какую-либо возможность формирования смешанной собственности.

Практически отсутствуют юридические предпосылки к образованию смешанной формы и применительно к некоммерческим организациям. Пункт 3 ст. 48 ГК РФ гласит: «К юридическим лицам, в отношении которых их учредители (участники) не имеют имущественных прав, относятся общественные и религиозные организации (объединения), благотворительные и иные фонды, объединения юридических лиц (ассоциации и союзы). Например, организация, созданная собственником для осуществления управленческих, социально-культурных и иных функций некоммерческого характера и финансируемая им полностью или частично, может существовать как публичное (государственное и муниципальное), так и частное (общественное и т. д.) учреждение.

Конструкция «смешанная форма собственности» дает о себе знать при заключении договора простого товарищества (ст. 1041 ГК РФ). По общему правилу (п. 1 ст. 1043 ГК РФ)

внесенное товарищами имущество, которыми они обладали на праве собственности, а также произведенная в результате совместной деятельности продукция и полученные от такой деятельности плоды и доходы признаются их общей долевой собственностью. Иное может быть установлено законом или договором простого товарищества либо вытекает из существа обязательства.

Соглашаясь в целом с мнением, согласно которому упоминание в Конституции РФ и ГК РФ об «иных формах собственности» служит базой для чисто умозрительных (политико-экономических) построений (например, типа коллективной, народной собственности), в то же время едва ли можно признать убедительным общий вывод: такое упоминание является результатом недоразумения^[199]. Напротив, мы полагаем, что данное словосочетание указывает на потенциальную возможность существования иных форм собственности, что законодательный перечень форм собственности не носит закрытого характера.

Наряду с основными формами собственности (частной и публичной) промышленно развитым странам известна и смешанная форма собственности (частнопубличная). Более того, ученые-экономисты считают, что современная хозяйственная система западных государств не случайно именуется «смешанной экономикой»^[200]. В свою очередь, термин «смешанная экономика» означает, что «...в чистом виде мы не наблюдаем ни спонтанного порядка, ни иерархии; ни пра-

вового режима частной собственности, ни государственной собственности»^[201]. Для смешанной экономики характерно многообразие форм собственности и наличие двух регуляторов (рыночного и государственного). Данный тезис не бесспорен.

Российская экономика также является смешанной, хотя отчетливо носит переходный характер. В смешанной экономике должна получить свое место и смешанная форма собственности. Пока что этому препятствует Гражданский кодекс, в котором установлена жесткая привязка между формой собственности и организационно-правовой формой юридического лица (коммерческой и некоммерческой организации).

Институт собственности вновь возвращает нас к **общей проблеме соотношения экономики и права**, сочетания экономических и правовых исследований. Прав Е. Л. Суханов, утверждая, что понятие «форма собственности» – экономическая, а не юридическая категория. С юридической точки зрения речь должна идти о принадлежности имущества на праве собственности различным субъектам – гражданам, юридическим лицам, публично-правовым образованиям, причем с совершенно одинаковым объемом правомочий^[202]. По мнению названного ученого, «как содержание, так и осуществление правомочий собственника в гражданском праве в принципе не имеет различий в зависимости от субъектной принадлежности права собственности... Из-

вестные ограничения, влекущие особенности правового режима отдельных объектов этого права, также по общему правилу являются одинаковыми для всех собственников (например, строго целевой характер использования находящихся в их собственности земель или других природных ресурсов либо жилых помещений; отчуждение и использование вещей, ограниченных в обороте, и т. п.)»^[203]. В этой связи предлагается право частной и право публичной собственности рассматривать не как «разновидности права собственности» (с различными возможностями для соответствующих собственников), а как обобщенное обозначение различий в правовом режиме отдельных объектов права собственности^[204]. Отсюда делается вывод: в настоящее время отпали основания для различия не только форм собственности, но и отдельных «прав собственности» (или «видов права собственности»). Так ли это? Насколько сказанное соответствует действующему законодательству и реальной действительности?

Проф. В. С. Якушев весьма осторожно пишет по этому поводу: «Трудно отречься от давно и прочно укоренившихся в сознании категорий и особенно от таких, как «формы собственности», «государственная форма собственности» и другие (трудно еще и потому, что это формулировки действующей Конституции), но автор статьи (Суханов Е. Л. – В. Б.) заставляет сомневаться в их правильности, и, оче-

видно, будущее принадлежит новым правовым идеям»^[205].
Иначе говоря, оригинальная научная позиция вызывает сомнения в части правильности использования в Конституции РФ и ГК РФ словосочетания «формы собственности». Непонятно другое: почему экономическая категория «форма собственности» не может иметь в будущем законодательной прописки?

С этой точки зрения, рассматривая соотношение экономического и правового понятий собственности, ряд авторов говорит о первично правовой природе категории «собственность», не выводимой из экономического понятия, о ее отнесенности самостоятельности. В кандидатской диссертации Л. Л. Рябов делает следующий вывод: «Понятие экономическое для общего понятия права собственности ни есть базисный смысловой элемент. Оно по сути играет вспомогательную роль при построении теории права, создает иллюзорную возможность дать правовой категории «собственность» определение через другие «базисные» понятия»^[206]. Как видно, правовое понятие собственности противопоставляется ее экономическому понятию, а между ними проводится своеобразная «демаркационная» линия.

Понимая, что данный вопрос является самостоятельным предметом исследования, отметим, что собственность как экономическая категория представляет собой имущественные отношения между людьми в процессе общественного производства, обмена и распределения материальных благ.

Будучи базисным явлением, собственность – это отношение лица к принадлежащей (присвоенной) ему вещи как к своей, которое выражается во владении, пользовании и распоряжении ею, т. е. в хозяйственном господстве над вещью. Таким образом, в экономическом аспекте различают два вида общественных отношений: во-первых, это имущественные отношения между людьми, во-вторых, отношение лица (например, собственника) к присвоенной ему вещи.

К экономическим категориям надо отнести и такие понятия, как «формы собственности» и «виды собственности». Деление собственности на формы и виды производится, как правило, на основе трех взаимосвязанных критериев: а) степень обобществления имущества; б) назначение имущества; в) перечень объектов, которые могут состоять в собственности^[207]. Так, степень обобществления имущества показывает круг лиц, в интересах которых осуществляются известная триада правомочий собственника. Назначение имущества определяет характер и направление его использования. Наконец, перечень объектов, которые могут состоять в собственности, тесно связан с назначением имущества, а также с характером и направлением его использования.

Поэтому обеспечить «равенство всех форм собственности» в юридическом смысле просто невозможно. Так, в государственной собственности может находиться любое имущество, в том числе изъятое из оборота (п. 2 ст. 129 ГК РФ); государство может приобретать имущество в собственность

такими способами (налоги, сборы, пошлины, конфискация, национализация), которых лишены граждане и юридические лица^[208].

Отношения собственности получают свое закрепление в праве. Причем право закрепляет и оформляет обе (ранее названные) стороны экономических отношений. Вот что по этому вопросу пишет Е. Л. Суханов: «Отношения между людьми по поводу имущества оформляются путем предоставления владельцу возможности защиты от необоснованных посягательств любых иных (третьих) лиц, а его отношение к присвоенному имуществу как собственнику оформляются путем установления возможностей (границ) его дозволенного использования. В первом случае проявляется абсолютный характер правоотношений собственности. Во втором случае речь идет о содержании и реальном объеме правомочий собственника»^[209]. И далее авторитетный ученый-цивилист делает следующий вывод: «...правовая форма отношений собственности (присвоения) предопределяется их экономическим содержанием»^[210].

Мы также полагаем, что экономическая природа собственности оказывает доминирующее влияние на правовое оформление.

В то же время прав С. Н. Братусь в том, что нельзя от экономического понятия собственности механически перейти к юридическому понятию^[211].

О юридическом равенстве можно говорить применительно к праву собственности в субъективном смысле. Здесь действительно нет и не может быть неравенства, поскольку правомочия владения, пользования и распоряжения и по содержанию, и по объему равны.

Однако субъективный аспект права собственности не должен закрывать собой другой научный подход. Категория «право собственности» может рассматриваться и в объективном смысле как правовой институт (или, по мнению ряда ученых, подотрасль) гражданского права. В этом значении право собственности как совокупность юридических норм можно условно подразделить на право частной собственности, право государственной собственности и право муниципальной собственности.

Свобода конкуренции и ограничение монополистической деятельности – следующий принцип предпринимательского права. Он также нашел отражение в Конституции РФ, в соответствии с п. 2 ст. 34 которой «не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию». Аналогичная норма (правовой принцип) содержится в п. 1 ст. 10 ГК РФ; она устанавливает пределы осуществления гражданами и юридическими лицами гражданских прав. И Конституция РФ, и ГК РФ запрещают субъектам предпринимательской деятельности злоупотребление своими правами (например, злоупотребление доминирующим положением на рынке). Более то-

го, п. 2 ст. 10 ГК РФ предусматривает правовые последствия несоблюдения соответствующих требований: суд может отказать лицу в защите принадлежащего ему права. Поэтому заинтересованная сторона вправе обратиться в суд с иском-требованием об отказе виновному в злоупотреблении своими правами лицу в правовой защите.

В современной России идет процесс становления конкурентного и антимонопольного законодательства. К числу специальных актов можно отнести Федеральные законы от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (в ред. ФЗ от 21 марта 2002 г. № 122-ФЗ), и от 17 августа 1995 г. № 147-ФЗ «О естественных монополиях»^[212] (в ред. ФЗ от 29 августа 2004 г. № 58-ФЗ). Отдельные положения, регулирующие вопросы конкуренции и антимонопольной деятельности, содержатся в законах, посвященных регламентации биржевой, банковской, инвестиционной, инновационной, страховой и иной деятельности.

Большую часть актов действующего антимонопольного законодательства образуют подзаконные акты (указы Президента, постановления Правительства, ведомственные акты). В этой сфере правового регулирования наблюдается нестыковка тех или иных актов, регулирующих сходные отношения.

На наш взгляд, антимонопольное регулирование предпринимательской деятельности необходимо коренным образом

пересмотреть с учетом перехода российской экономики на рыночные отношения. В этой области надо существенно обновить действующее законодательство. Нужен не простой набор законов (например, Антимонопольный закон), а согласованная система различных нормативных правовых актов, которая должна строиться на четкой антимонопольной и конкурентной политике. России не нужна тотальная борьба с монополиями. Надо на уровне законов определить условия добросовестной конкуренции, общие правила поведения участников предпринимательского оборота.

Проведение государственной политики по содействию и развитию товарных рынков и конкуренции, а также по предупреждению, ограничению и пресечению монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции осуществляется федеральным антимонопольным органом. Таким органом в настоящее время является Федеральная антимонопольная служба, которой Указом Президента РФ переданы функции по контролю и надзору упраздненного Министерства РФ по антимонопольной политике и поддержке предпринимательства^[213].

Принцип государственного регулирования (воздействия) предпринимательской деятельности и недопустимости произвольного вмешательства в частные дела играет важную роль в условиях рыночной экономики. По нашему мнению, он означает, во-первых, что государство в лице компетентных органов использует всевозможные

формы и средства государственно-правового воздействия на экономические отношения. Как справедливо замечает Д. Н. Сафиуллин, товарно-денежным отношениям свойственна известная спонтанность и стихийность развития^[214]. Отсюда возникает потребность в применении иерархических механизмов регулирования хозяйственной деятельности.

Мировой опыт также показывает, что публичное вмешательство в рыночную экономику – позитивное явление, если при этом выдерживаются определенные пределы. Примеров такого вмешательства более чем достаточно. Так, английский Закон 1939 г. предоставил Департаменту торговли и промышленности Великобритании право издавать приказы о контроле над экспортом. В 1985 г. был принят Приказ о контроле над экспортом (The Export of Goods (Control) Order). Специальным приказом предусмотрена процедура контроля над стратегическими товарами 1967 г. (Strategic Goods (Control) Order)^[215].

С. И. Виниченко верно подмечает, что термин «вмешательство» возможно и отдает привкусом командно-административной системы. Тем не менее следует отличать категории «вмешательство» и «произвольное вмешательство»^[216]. Как говорится, вмешательство вмешательству рознь. Допустимое (непроизвольное) вмешательство в экономические отношения основано на законе (например, планирование, нормирование, квотирование, лицензирование и т. д.). Про-

извольное же вмешательство – незаконное явление, а потому в силу п. 1 ст. 1 ГК РФ оно запрещено.

В литературе по предпринимательскому праву данный принцип рассматривают без второго элемента (составляющей части) – без указания на недопустимость произвольного вмешательства в частные дела, относя этот принцип к гражданскому праву. Напротив, при его характеристике выдвигается на первое место публично-правовое начало, а именно: государственное регулирование рыночной экономики. Вместе с тем надо помнить, что предпринимательское право представляет собой комплексное образование, где сочетаются публично-правовые и частно-правовые элементы правового регулирования социальных связей.

В. В. Лаптев называет в числе основных начал предпринимательского права **принцип сочетания частных и публичных интересов в предпринимательской деятельности**^[217]. Надо признать обоснованным такое мнение и заслуживающим поддержки. Указанное сочетание имеет существенное значение в разных сферах общественной жизни, включая и область предпринимательства. Другое дело: что понимать под словом «интерес» и какие интересы следует отнести к публичным, а какие – к частным? Эти и другие вопросы служат предметом оживленной дискуссии в отечественной и зарубежной юридической литературе.

Проф. Г. Ф. Шершеневич сформулировал субъективное право как обособленную возможность осуществления инте-

реса^[218]. Названный ученый обращает внимание на то, что юридическое отношение, принуждающее одно лицо к совершению действий в пользу другого, предполагает у последнего наличие интереса к выполнению этого акта. Отсутствие интереса, выражающегося всегда в имущественной форме, или его прекращение, указывает на отсутствие его либо прекращение^[219].

Теория интереса была развита в научных трудах проф. Ю. К. Толстого, проф. С. И. Асканзия и ряда других ученых. Так, С. И. Асканзий указывает на взаимосвязь и взаимообусловленность понятий воли и интереса, где воля всегда направлена на осуществление определенных интересов. Воля, по его мнению, взятая вне объекта, на который она направлена (цели и интересы), представляет собой лишь психологическое понятие^[220].

Спорным среди ученых является вопрос об объективном или субъективном происхождении интереса. Проф. В. П. Грибанов считает, что интерес есть явление, сочетающее объективные и субъективные моменты^[221]. По своей природе интерес объективен; он представляет собой форму проявления экономических отношений в деятельности, поступках людей. Однако для того чтобы экономические и другие факторы общественной жизни могли проявиться как интерес, «...они неизбежно должны пройти через сознание людей, принять вид «сознательных побуждений»^[222]. Следует со-

гласиться с мнением известного специалиста в области гражданского права в том, что интерес – это потребность, принявшая форму сознательного побуждения и проявляющаяся в жизни в виде желаний, намерений, стремлений. Правда, такая формулировка «интереса» скорее всего претендует на общесоциологическое определение понятия.

Общая характеристика и классификация интереса даны в учебном пособии Г. Л. Свердлыка^[223]. Отмечая положительные моменты в определении понятия «интерес», сформулированном В. П. Грибановым, названный ученый указывает и на некоторые его недостатки. В частности, оно не способствует формированию определения понятия «интерес» с точки зрения гражданско-правовой специфики. Поэтому, по его мнению, интерес в гражданском праве представляет собой общесоциологическую категорию, характеризующую результат отражения в сознании субъектов гражданского права объективных условий их существования и развития, а также намерения, стремления и мотивы к участию в гражданских правоотношениях в целях наиболее полного удовлетворения имущественных, неимущественных и организационных потребностей^[224].

Применительно к внешнеэкономической деятельности категория интереса глубоко исследована В. Л. Бубликом. Подчеркивая частнопубличный характер предпринимательства, он говорит о необходимости установить ту грань, до которой допустимо использование публичных начал в орга-

низации гражданско-правовых отношений и регламентации хозяйственных связей. По его мнению, интегральным критерием этой допустимости выступает категория интереса субъектов права^[225].

Принцип законности также называется в системе принципов предпринимательского права. Однако он (наряду с принципами справедливости, уважения прав человека, верховенства Конституции РФ и законов, равноправия и др.) является общеотраслевым и всеобъемлющим правовым принципом. Сущность законности как принципа заключается не только в требованиях строгого и неукоснительного соблюдения всеми субъектами права законов и основанных на них подзаконных актов^[226]. В современной литературе по общей теории права справедливо отмечают, что законность надо рассматривать и под углом зрения требования безусловной защиты и реального обеспечения прав, интересов граждан и юридических лиц, а также охраны правопорядка в целом от любого произвола.^[227] Такая трактовка законности удовлетворяет потребности современного общества и обеспечивает нормальное его функционирование в условиях демократии. В области предпринимательской деятельности законность распространяется и на предпринимателей, и на органы государственной власти и местного самоуправления.

Принцип законности выражается в системе требований, т. е. общих обязанностей, предъявляемых субъектам. С. С.

Алексеев к их числу относит: верховенство закона; равенство всех субъектов перед законом; строгое и неукоснительное соблюдение норм права субъектами; обеспечение для всех субъектов полного и реального осуществления субъективных прав; надлежащее, обоснованное и эффективное применение права, последовательная борьба с нарушениями юридических норм; исключение произвола в деятельности государственных органов и должностных лиц при применении права^[228]. Нет необходимости раскрывать каждый из названных требований законности, что выходит за пределы данного исследования и служит предметом специального изучения.

Здесь надо отметить лишь следующее. В юридической литературе законность характеризуется при помощи различных категорий. Одни ученые определяют законность как метод, другие – как принцип, третьи – как режим. Однако вряд ли допустимо противопоставлять указанные категории друг другу. Они определяют законность с разных сторон.

Содержание принципа законности заключено в ст. 15 Конституции РФ, которая гласит: «Конституция Российской Федерации имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. Законы и иные правовые акты, применяемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции Российской Федерации. Органы государственной власти, местного самоуправления, должностные лица, граждане

и их объединения обязаны соблюдать Конституцию Российской Федерации».

Иногда в юридической литературе можно встретить утверждение, что, поскольку проблема законности носит сложный многомерный характер, нужны нетрадиционные приемы ее решения^[229].

Соглашаясь в целом с таким утверждением, в то же время надо обратить внимание на использование известных приемов (требований) осуществления законности. Действительно, отечественный опыт показывает, что широкие кампании по обновлению законодательства, ужесточение санкций, установление «тотального» контроля и т. п. не привели к серьезному улучшению состояния законности. И это понятно: нельзя укреплять законность и правопорядок при помощи только карательно-репрессивных средств. Достаточно вспомнить пресловутую государственную приемку продукции, используемый до сих пор в сфере публичного порядка арсенал так называемых экономических санкций, увеличение числа контрольно-надзорных органов. Но ведь суть законности, как уже отмечалось, состоит в строгом соблюдении всеми субъектами права юридических норм. Как говорится, «*Dura lex, sed lex*». Причем закон является строгим для всех, даже если он плох и содержит противоречивые нормы.

Принцип законности следует рассматривать в контексте такой категорией, как правопорядок. С общетеоретиче-

ских позиций правопорядок есть состояние упорядоченности общественных отношений (организация общественной жизни), основанное на праве и законности. Однако едва ли можно признать верным распространённое мнение о том, что правопорядок представляет собой реализованную законность. Главная отличительная черта правопорядка – это состояние упорядоченности, которое складывается в результате действия всех правовых предписаний в соответствии с принципом законности^[230]. Поэтому основой правопорядка выступает не законность, а право. Законность – условие (основополагающий принцип) правопорядка^[231].

Правопорядок является разновидностью общественного порядка. В свою очередь, правопорядок можно подразделить на отдельные виды.

Так, с учетом деления права на публичное и частное представляется целесообразным говорить о публично-правовом и частно-правовом порядке. Эта классификация имеет не только теоретическое, но и большое практическое значение. На наш взгляд, в области частного права необходимо закрепить общий принцип: «Публичное право не может быть изменено частным соглашением». В случае коллизии между ними приоритет должен быть отдан публичному праву^[232]. Такая же норма содержится в ст. 6 французского Гражданского кодекса, в соответствии с которой нельзя нарушать частными соглашениями публичный порядок.

В зависимости от сферы применения норм права и индивидуальных предписаний надо особо выделить хозяйственный (экономический) правопорядок^[233]. Реализация правовых предписаний в рассматриваемой сфере преследует основную цель – создание организованного (согласованного, гармоничного), устойчивого и стабильного правопорядка.

Вопрос о принципах предпринимательского права нуждается в специальном исследовании. В литературе называются и другие правовые принципы (например, такой принцип предпринимательского права, как получение прибыли в качестве цели предпринимательской деятельности^[234]). Однако резонно возникает вопрос: можно ли отнести извлечение прибыли к числу правовых принципов? Думается, что нет.

Симптоматично отметить, что в юридической литературе по гражданскому праву наблюдается повышенный интерес к проблеме принципов гражданского права. К числу таких работ следует отнести докторскую диссертацию Е. Г. Комиссаровой «Принципы в праве и основные начала гражданского законодательства»^[235], а также кандидатские диссертации Ю. Л. Ершова и К. И. Забоева, посвященные принципу свободы договора.

Глава 2
ИСТОЧНИКИ
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО
ПРАВА

§ 1. Понятие и виды источников предпринимательского права

Термин «источник права» имеет **несколько значений**. Поэтому данное понятие трактуется не только в отечественной, но и в зарубежной литературе неоднозначно. Так, проф. С. Ф. Кечекьян отмечал, что понятие источника права «... принадлежит к числу наиболее неясных в теории права. Не только нет общепризнанного определения этого понятия, но даже спорным является самый смысл, в котором употребляются слова «источник права»^[236]. Одни авторы под источником права понимают нормотворческую деятельность государства, другие – результат этой деятельности, третьи – и то, и другое, объединяя оба эти аспекта общим понятием «внешняя форма права»^[237]. Нет единства среди ученых и по вопросу о форме права. Некоторые исследователи предлагают четко различать форму и источник права. С этой точки зрения источник права – деятельность государственных органов по установлению правовых норм (нормотворчество); сами же акты, содержащие правовые нормы, являются различными формами права. Итак, имеет место спор; причем спор не о словах. Эти разногласия приобретают и практическое значение.

Существует множество взглядов относительно определе-

ния понятия источника права и их классификации в зарубежной литературе. В частности, термин «источник права» может означать:

а) конкретный документ, обратившись к которому можно обнаружить ту или иную норму права (например, статут парламента);

б) формальный источник права – это орган власти, который принимает правовое решение; в) исторический источник права (например, общее право и право справедливости)^[238].

Открытым является вопрос о критериях, которыми необходимо руководствоваться при определении элементов, образующих тот или иной вид источников права. Так, источники права Англии принято различать на исторические, формальные, литературные и документарные^[239]. Однако наибольший интерес представляет изучение юридических источников, которые, по образному замечанию Р. Уолкера, являются воротами, через которые новые принципы могут найти вход в право^[240].

Термин «источник права» в специальном юридическом смысле имеет несколько значений. По мнению Л. В. Якушева, это – сила, которая образует правовые нормы; условия, которые способствуют возникновению правовых норм; источник знаний о праве, то есть «вместилище», где содержатся правовые нормы^[241]. Вместе с тем надо отметить, что в

современной теории права выражение «источник права» чаще используется в двух значениях: в материальном и в формальном смысле.

В первом случае под ним нужно понимать силу, создающую право. Такой силой прежде всего является власть государства, которая реагирует на потребности общества, развитие общественных отношений и принимает соответствующие правовые решения^[242]. **Во втором (формальном) значении** под источником права следует понимать форму выражения государственной воли. Это понятие источника имеет значение емкости, в которую заключены юридические нормы.

Обычно в теории и истории источников (форм) права применительно к Российской Федерации принято говорить **о трех ее видах**: о правовом обычае, нормативном договоре и нормативном акте. Каждый из них обладает определенной спецификой и будет рассмотрен отдельно.

Нормативный правовой акт – основной источник права России в целом и предпринимательского в частности. Официальная доктрина не признает индивидуальные акты, которые рассчитаны на конкретный случай и обращены к отдельным лицам, в качестве источника права.

Такой подход базируется на общем понимании права как совокупности юридических норм. С точки зрения нормативной теории права огромная сфера ненормативной правовой деятельности оказывается вне права. Так, за его пределами

остаются индивидуальные правовые акты, другие ненормативные правовые средства^[243]. Безусловно, следует отграничивать нормативные акты от ненормативных (индивидуальных) правовых средств, поскольку такое разграничение имеет большое практическое значение. Смещение данных актов ведет к необоснованному расширению компетенции тех органов, на которые по закону возложены только функции по применению права^[244]. Указанное смещение имеет место в правовой деятельности, на что уже обращалось внимание в литературе. Думается, что здесь нужно отметить следующее.

По распространенной в отечественной правовой науке доктрине норма права представляет собой формально определенное, общеобязательное и охраняемое государством правило поведения. **Этим признакам** не отвечает индивидуальное предписание, которое всегда рассчитано на индивидуальный случай и обращено к конкретным лицам.

Кроме того, в правовом регулировании общественных отношений акт индивидуального регулирования выполняет, как правило, и функцию юридического факта. По этой причине они (акты) нередко отождествляются с юридическими фактами. Хотя прав В. Б. Исаков, что это разные элементы механизма правового регулирования, выполняющие различные функции^[245]. Проиллюстрируем сказанное на примере договора.

Договор есть соглашение (согласование воли) сторон, на-

правленное на возникновение, изменение и прекращение прав и обязанностей. Подобное понимание позволяет использовать конструкцию договора в различных отраслях права (например, в международном, конституционном, административном, гражданском и др.). Однако договор представляет собой и юридический факт. Так, в ст. 8 ГК РФ гражданско-правовые сделки, включая и договоры, отнесены к основаниям возникновения, изменения и прекращения гражданских правоотношений.

И наконец, договор (прежде всего гражданско-правовой договор) – это правовое средство индивидуального регулирования общественных отношений^[246]. Через договор его участники приходят к соглашению о деталях конкретного правоотношения, в частности, определяют предмет, его количественные и качественные характеристики, сроки осуществления прав и обязанностей. Так, применительно к цене товара (работ, услуг) гражданско-правовой договор выполняет ряд функций, а именно: а) называет размер (уровень) цены или способ его определения; б) регулирует порядок изменения цены; в) осуществляет «перевод» соответствующих предписаний нормативных правовых актов, в которых государством определены размеры (уровни) цен, в плоскость конкретных имущественных отношений; г) определяет порядок и срок реализации цены (уплаты денег, передачи имущества, иного встречного предоставления); д) обозначает валюту цены и валюту платежа; е) обеспечивает исполнение

условия о цене^[247]. Здесь договор не устанавливает новых норм права, а осуществляет регулирование конкретных правоотношений.

Признавая договор в качестве индивидуального правового акта, следует также отметить, что договор в этом качестве не обладает такими свойствами права, как нормативность и общеобязательность. По этой причине нельзя полностью согласиться с распространенным в литературе мнением о том, что источником права является нормативный договор^[248]. В большинстве случаев договор играет роль индивидуального регулятора общественных отношений. Он заключается на принципах равенства, автономии (независимости) сторон и их свободного волеизъявления, имущественной ответственности за нарушение обязательства.

Причем сказанное относится в равной степени и к публичным договорам в области гражданского права. В силу ст. 426 ГК РФ публичный договор – это договор, заключаемый коммерческой организацией и устанавливающий ее обязанность по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг, которую такая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней обратиться. По общему правилу цена товаров (работ, услуг), а также иные условия публичного договора одинаковы для всех потребителей.

Таким образом, публичный договор относится к разновидности гражданско-правового договора, хотя и содер-

жит элементы публичного права. Поэтому вряд ли можно признать верным утверждение проф. В. С. Нерсесянца о том, что нормативно-правовое значение (в смысле источника права) имеет так называемый публичный договор. По мнению авторитетного ученого, положения публичного договора распространяются на неопределенное множество лиц и обязательны для сторон всех конкретных договоров, которые могут быть заключены на основе общих правил (норм) соответствующего публичного договора^[249].

В данном случае произошло, на наш взгляд, смешение разных понятий – публичного договора и публичной оферты. Именно положения (существенные условия) последней распространяются на неопределенное множество лиц, т. е. на тех, кто отзовется (п. 2 ст. 437 ГК РФ).

Публичный договор представляет собой конкретный гражданско-правовой договор, заключенный между коммерческой организацией и потребителем (например, договор банковского вклада). От публичного договора, юридическая конструкция которого очерчена ст. 426 ГК РФ, надо отличать **публично-правовой договор**, используемый в конституционной (государственной), административной, финансовой, бюджетной, налоговой и других отраслях публичного права^[250].

Нормативный характер договор приобретает при его заключении между государствами. Так, в силу ст. 7 ГК РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и

международные договоры Российской Федерации являются в соответствии с Конституцией РФ составной частью правовой системы Российской Федерации. Более того, международные договоры Российской Федерации применяются к отношениям, указанным в п. 1 и 2 ст. 2 Кодекса, непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание внутригосударственного акта. Если международным договором установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены гражданским законодательством, применяются правила договора.

О нормативном договоре можно говорить применительно к **публично-правовым соглашениям**. Проф. Ю. Л. Тихомиров предлагает следующую классификацию публично-правовых договоров: учредительные договоры; компетенционно-разграничительные соглашения; соглашения о делегировании полномочий; программно-политические договоры о дружбе и сотрудничестве; функционально-управленческие соглашения; договоры между государственными и негосударственными структурами; договоры о гражданском согласии; международные договоры^[251].

Не вдаваясь в какую-либо дискуссию по этому вопросу, отметим, что приведенная классификация не является жесткой. Подвижность договоров и соглашений подчас затрудняет их строгое разграничение. С другой стороны, надо посмотреть на содержание публично-правовых договоров, с

тем чтобы отнести их либо нет к нормативным договорам.

Нельзя согласиться также с мнением В. С. Нерсесянца о том, что «по существу под публичным договором имеется в виду типовый или примерный договор, содержащий общие положения (нормы), обязательные для всех конкретных договоров в рамках данного типа договоров»^[252]. С формально-юридической точки зрения нет и не может быть знака равенства между публичным договором, с одной стороны, и типовым или примерным договором – с другой. Так, в соответствии со ст. 427 ГК РФ отдельные условия договора могут определяться примерными условиями, разработанными для договоров соответствующего вида и опубликованными в печати. Примерные условия могут быть изложены в форме примерного договора или иного документа, содержащего эти условия.

Итак, индивидуальные правовые акты, включая гражданско-правовой договор, не входят в состав понятия «право». Следовательно, они не являются источниками права с точки зрения официальной доктрины.

Однако не менее сложным является вопрос о включении в понятие «право» актов применения (приговоров и решений юрисдикционных органов, актов надзора и контроля). Дело в том, что с позиции такой официальной доктрины право существует только на стадии создания общеобязательных норм и что его нет и быть не может в процессе реализации юридических норм. Правотворческая деятельность невозможна на

стадии применения правовых норм, что вытекает, скажем, из основополагающего принципа разделения властей.

Особенно актуальна **проблема судебной практики** и ее роли в регулировании общественных отношений. Известно, что в России судебная практика (точнее говоря, судебные решения) не является официальным источником права. Судебные органы не вправе заниматься правотворческой деятельностью и издавать нормативные правовые акты. Это принципиальное положение отличает, например, Высший Арбитражный Суд РФ от Государственного арбитража СССР, который в соответствии с п. 1 Положения о нем (утв. постановлением Совета Министров СССР от 17 августа 1960 г.) был вправе утверждать особые условия поставки продукции и товаров, а также инструкции о приемке продукции и товаров по количеству и качеству (в настоящее время инструкции не действуют; они выполняют роль рекомендательных документов).

В юридической литературе вопрос о правовой природе судебной практики спорен; взгляды ученых разделились на две противоположные точки зрения. Согласно одной из них (Братусь С. Н., Венгеров Л. Б., Лившиц Р. З., Решетникова И. В., Цихоцкий А. В., Ярков В. В. и др.), судебная практика и прежде всего постановления Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ являются источниками права, в соответствии с другой (Алексеев С. С., Комиссаров К. И., Савельева Т. А., Лазарев В. В., Треушников

М. К., Фархтдинов Я. Ф.) – нет^[253]. Для обоснования своих взглядов ученые приводят различные аргументы, в том числе ссылаются на опыт промышленно развитых стран.

Чаще всего сторонники рассмотрения судебной практики в качестве источника права указывают на возрастающую роль судебных органов в новых политических и социально-экономических условиях. Проф. В. В. Ярков в своей работе «Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права» пишет: «Суды путем прецедентного регулирования способны оказать позитивное воздействие на становление новой правовой системы, выработку единых общих правил поведения в конкретных фактических ситуациях. Складывающаяся судебная практика не только будет выступать в качестве предварительной ступени к последующему нормативному регулированию, но и сама должна стать непосредственным источником такого регулирования»^[254].

А. В. Цихоцкий считает, что в нашей стране заметно растет число разного рода сборников и справочников судебной практики; они издаются для юристов-практиков, поскольку «...судебная практика является в прямом смысле слова источником права»^[255]. И далее, названный автор делает вывод: «В этой связи объяснима и роль в правовой жизни общества публикуемой в «Бюллетене Верховного Суда Российской Федерации» судебной практики. Безусловно, это спо-

соб направления судебной практики по единому «правоприменительному руслу». И хотя, например, районные суды в процессуальных документах не ссылаются на соответствующие определения и постановления Верховного Суда РФ, однако они имеют перед собой своеобразные юридические ориентиры (прецеденты) правильности разрешения судебных дел»^[256].

По мнению И. В. Решетниковой, в настоящее время наблюдается тенденция к сближению источников правового регулирования в странах с различными правовыми системами. Так, в государствах с состязательной системой правосудия (Англия, США и др.) происходит усиление роли закона, а с континентальной системой – значения судебной практики^[257].

В качестве аргумента «за» признания судебной практики источником права ряд исследователей указывают на постановления Конституционного Суда РФ. Их нормативный характер проявляется в том, что, будучи принятыми по конкретным делам, они имеют общий характер и распространяются на всех субъектов, которые могут оказаться в аналогичной ситуации. Более того, такие постановления рассчитаны на многократность применения (фактически до приведения в соответствие с Конституцией РФ оспаривавшихся положений закона). Такого рода постановления обладают свойством императивности содержащихся в них норм^[258].

Противники данной точки зрения приводят следующие доводы. Во-первых, по их мнению, признание судебной практики источником права не вписывается в русло Конституции России о разделе властей. В силу ст. 10 Основного закона государственная власть в России осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную, а органы каждой из них самостоятельны. Во-вторых, такое признание не согласуется с характерными особенностями романо-германской правовой семьи, к которой традиционно причисляют Россию^[259].

И наконец, некоторые ученые говорят о несовместимости судебного правотворчества с парламентским. Проф. С. Л. Зивс считает, что отнесение судебной практики к числу формальных источников права противоречит принципам верховенства закона и подзаконности судебной практики. Правотворческая деятельность суда умаляет значение закона^[260].

Для изучения различных аспектов затронутой проблемы обратимся к деятельности судебных органов промышленно развитых стран.

В странах англо-американской семьи правовых систем по-прежнему велика роль судебного прецедента как источника права. Прецедент – это часть судебного решения, которая со времен Остина именуется «ratio decidendi» (буквально «основание решения»). Именно эта часть имеет обязательный характер при рассмотрении конкретных дел органами суда. Одним из важнейших черт доктрины прецеден-

та является уважение к отдельно взятому решению вышестоящего суда. Вот что пишет по этому поводу английский юрист Руперт Кросс: «Судья, который пренебрег своей обязанностью относиться с уважением к прецедентному праву, будет подвергнут самому недвусмысленному воздействию и, если подобное пренебрежение станет когда-либо общепринятым, в английской правовой системе наступит революция широчайшего масштаба»^[261]. Остальная часть судебного решения образует «*obiter dictum*» («мнение суда, необходимое для обоснования судебного решения»).

На практике отличить *ratio decidendi* и *obiter dictum* не всегда легко. Чаще всего *ratio decidendi* содержится в скрытой форме, необязательных положениях и буквально растворено в *obiter dictum*^[262].

Совокупность действующих в Англии, США, других странах судебных решений, образует прецедентное право (*case law*). Однако с формальной точки зрения прецедентное право США характеризуется рядом особенностей. Одна из них заключается в том, что Верховный суд США и верховные суды штатов не связаны своими решениями. Более того, в 1938 г. Верховный суд США разъяснил, что общее право (*common law*) – это право отдельного штата. Что касается федерального общего права, то его, по мнению суда, не существует^[263]. Поэтому судебные решения, принятые в одном штате, не обязательны для судов других штатов.

Во многих странах континентальной Европы судебная практика, и в частности ее форма – судебное решение официально не является источником права. Так, Гражданский кодекс Франции (ст. 5) запрещает судьям, выносящим решения по конкретным делам, принимать общие предписания. Формально судебная практика не является источником права и в Германии, а также в ряде других государств.

Решения Федерального суда ФРГ в принципе не связывают нижестоящие суды. В рамках судебного процесса Федеральный суд вправе вернуть нижестоящему суду дела, которые являются предметом кассации. Пересмотр дела Федеральным судом ограничивается рассмотрением вопроса, правильно ли нижестоящий суд применил право.

В соответствии с действующим в ФРГ принципом разделения властей судам запрещено создавать новые нормы права. С точки зрения Федерального конституционного суда судам разрешается в сфере частного права (в области публичного права каждое ограничение индивидуального права требует подтверждения формальным правом) заполнять существующие пробелы, и в этом отношении говорят о регулировании этих вопросов «судейским правом». Однако судебское право не равно по силе правового воздействия закону, принятому парламентом^[264].

Фактически решения Федерального суда в Германии становятся вторым источником правового воздействия, сравнимым с формальным законом. С другой стороны, решения

Федерального суда имеют большую убедительную силу, поскольку они (решения) опираются на различные источники права и литературы и приводят аргументы «за» и «против» определенного применения или толкования закона. Обычно нижестоящие суды руководствуются решениями Федерального суда.

С учетом фактического воздействия решений, принимаемых Федеральным судом в сфере частного права, а также в некоторых иных областях, судебные решения принимают характер источников права. Иногда судебные решения кодифицируются (например, в трудовом праве).

Вместе с тем в ряде западных стран (например, в Италии, Швейцарии) судебная практика в качестве источника права нашла законодательное закрепление. В Швейцарском гражданском уложении (§ 1) прямо записано: «Если в законе не может быть найдено соответствующее постановление, то судья должен решить дело на основании обычного права, при отсутствии такого – по правилу, которое он установил бы в качестве законодателя. При этом он следует доктрине и практике»^[265].

Согласно ст. 384 ГПК Италии ее Кассационный суд выводит принципы, которыми должен руководствоваться суд, принимающий дело к новому рассмотрению^[266].

Таким образом, в тех странах романо-германской семьи правовых систем, в которых судебная практика в качестве источника не получила закрепление в законодательстве, в

реальной действительности она (практика) играет важную роль. Не случайно западные юристы указывают на несоответствие между формальной оценкой судебной практики и ее действительным авторитетом^[267]. Отмечается, что благодаря судебной практике судьи фактически вносят многочисленные изменения в действующее право. Особенно это касается случаев, когда содержащиеся в законодательстве формулировки страдают неопределенностью (например, такие как «разумный человек», «разумная заботливость», «разумные цели»). При такой неопределенности у судьи всегда имеются достаточные основания для обоснования любого принятого решения с учетом разумной заботливости честного человека.

Новый ГК РФ также содержит многочисленные нормы, в которых говорится о разумности (ст. 602, 662, 1101), разумном ведении дела (ст. 726, 76), разумном сроке (ст. 314, 345, 375, 397 и др.), разумной цене (ст. 524, 738). В этих и других случаях заметно повышается роль судебного толкования. В ходе такого толкования происходит конкретизация и интерпретация норм права. Однако с формально-юридических позиций конкретизационные и интерпретационные нормы не могут выходить за пределы правовых предписаний.

Подводя итог в отношении судебной практики, можно в сжатом виде сформулировать следующие выводы. **Во-первых**, хотя формально судебная практика не является источником права, вместе с тем она, наряду с правоконкретизи-

рующей функцией, играет роль фактора, оказывающего существенное влияние на совершенствование и развитие предпринимательского законодательства^[268]. Судебная практика служит своеобразным «барометром» тех изменений и дополнений, которые надо внести в действующее законодательство. Так, появление в ГК РФ таких институтов договорного права, как финансовый лизинг, финансирование под уступку денежного требования (факторинг), хранение на товарном складе, тесно связано с юридической практикой в целом и судебной в частности. **Во-вторых**, в настоящее время наблюдается активный процесс сближения англосаксонской и континентальной правовых систем. При этом надо особо подчеркнуть, что речь идет не о слиянии двух систем, а лишь о их сближении^[269]. В странах общего права в связи с изданием законов и актов делегированного законодательства сужается сфера применения судебного прецедента. И, напротив, в государствах с континентальной правовой системой заметно повышается значение судебной практики в регулировании общественных отношений.

В-третьих, официальное признание в России судебного решения в качестве самостоятельного источника права вряд ли поставит знак равенства между английским и российским прецедентным правом. На это обстоятельство указывает, в частности, опыт промышленно развитых стран континентальной Европы. По крайней мере, в этих государствах не спешат с таким признанием, хотя судебная практика уже

вышла за пределы лишь объективизированного опыта реализации права, складывающегося в результате деятельности судов по применению юридических норм^[270]. Решения высших судебных органов Российской Федерации приобрели некоторые характерные черты прецедентного права, но в принципе (с формальной стороны) не связывают нижестоящие суды.

Судебная деятельность не может иметь чисто правовой характер. С помощью права существующие виды деятельности подвергаются волевому воздействию, т. е. право организует иную, неправовую предметную деятельность. Понятие «правовая деятельность» также достаточно условно. В чистом виде правовая деятельность не существует. Например, нормотворческая деятельность (разработка и издание общеобязательных норм) есть отражение иной (неправовой) деятельности. То же самое можно сказать и о правоприменительной стадии.

Сущность судебной практики как правоприменительной деятельности состоит в принятии какого-либо решения. В результате этой деятельности судами общей юрисдикции, арбитражными судами принимаются решения по конкретным делам. Кроме того, Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ информируют юридическую общественность о судебных решениях, имеющих принципиальное значение. Так, в «Вестнике Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации» публикуются материалы Президиума Высшего

Арбитражного Суда РФ о рассмотрении дел в порядке надзора по протестам на вступившие в законную силу судебные акты арбитражных судов. Такая практика ориентирует арбитражные суды по тому или иному вопросу при применении ими судебного решения. Добавим – и не только. Она (практика) оказывает также влияние на юридическую практику в целом, в том числе на содержание предпринимательских договоров.

В-четвертых, высшие судебные инстанции России на основе изучения и обобщения практики применения законов и других нормативных правовых актов, регулирующих отношения в сфере предпринимательской и иной хозяйственной деятельности, дают разъяснения по вопросам судебной практики. Указанные разъяснения облекаются в форму постановлений либо информационных писем. Например, в соответствии с п. 2 ст. 13 Закона РФ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ по вопросам своего ведения принимает постановления, обязательные для арбитражных судов.

Как видно, постановления пленумов обладают обязательной силой для судов. Сложнее обстоит дело с информационными письмами (обзорами судебной практики). И хотя они (письма) носят в целом информационный характер, резонно возникает вопрос: может ли судья при разрешении конкретного спора проигнорировать правило, изложенное в письме? Формально – да. Но с практической точки зрения вряд ли

судья осмелится на столь отчаянный шаг. В противном случае такое решение будет отменено вышестоящей судебной инстанцией.

Надо согласиться с мнением о том, что прецедент не чуждое явление для российской правовой системы. «Однако ему принадлежит особое место среди источников права. Он не обладает равной закону юридической силой, а потому нет смысла их противопоставлять. Скорее, прецедент имеет вспомогательное значение по отношению к закону, его роль заключается в упорядочении отношений, которые либо не урегулированы, либо не могут быть непосредственно урегулированы законом в силу неясности или неточности законодательных формулировок»^[271].

Не замечать всего того, что происходит вокруг судебных решений, по-прежнему, механически утверждать о том, что прецедент не является источником права в правовой системе России, – это означает одно: в теоретическом плане – «топтаться» на месте с закрытыми глазами, а с точки зрения практики – игнорировать действительную роль судебных решений в регулировании общественных отношений.

§ 2. Предпринимательское законодательство и основные направления его совершенствования

Предпринимательское законодательство – сравнительно новая категория. Она вошла в научный оборот и фактически вытеснила понятие «хозяйственное законодательство» благодаря в первую очередь появлению нового Гражданского кодекса. Именно ГК РФ сформулировал определение предпринимательской деятельности, а также установил правовой режим предпринимательства. Это в значительной степени дало основание ряду ученых (Попондопуло В. Ф., Ровный В. В., Суханов Е. Л. и др.) утверждать, что предпринимательское законодательство представляет собой **разновидность** гражданского законодательства.

Представители концепции хозяйственного права (Анохин В. С., Быков Л. Г., Лаптев В. В., Мамутов В. К., Мартемьянов В. В. и др.) рассматривают предпринимательское законодательство в качестве самостоятельной отрасли российского законодательства. По их мнению, предпринимательское законодательство обладает предметным единством – это общественные отношения в сфере предпринима-

тельства. Они предлагают издать предпринимательский (хозяйственный) кодекс.

И, наконец, **третья точка зрения** базируется на том, что предпринимательское законодательство по своей сути есть комплексная отрасль законодательства, гармонично сочетающая публично-правовые и частно-правовые начала. Комплексный характер носит и большинство нормативных правовых актов, входящих в ее состав.

В правовой действительности комплексный элемент присутствует в любой отрасли законодательства, в том числе гражданского. Например, в ГК РФ достаточно много административно-правовых норм, посвященных регулированию таких вопросов, как государственная регистрация юридических лиц, лицензирование отдельных видов деятельности и др. Иногда можно встретить мнение о том, что поскольку субинститут государственной регистрации получил «юридическую прописку» в Гражданском кодексе, постольку он является по своей природе гражданско-правовым^[272]. На наш взгляд, административно-правовой характер субинститута государственной регистрации юридического лица (объектов недвижимости и сделок с ними) не претерпел какого-либо изменения по причине прямого указания в ГК РФ (ст. 51, 131) на необходимость такой регистрации в соответствии со специальными законами.

Государственная регистрация – это административно-правовой акт, юридический факт, порождающий гражд-

данские правоотношения (например, возникновение гражданской правоспособности юридического лица, заключение гражданско-правового договора, переход права собственности)^[273]. Здесь наблюдается тесное переплетение административно-правовых и гражданско-правовых отношений. Однако в данной ситуации едва ли можно говорить о гражданско-правовой природе административно-правового субинститута государственной регистрации. Надо остановить гражданско-правовую экспансию на чужеродные отношения. С другой стороны, нельзя считать, что Гражданский кодекс от присутствия в нем некоторого количества административно-правовых норм превратился в комплексный акт типа предпринимательского кодекса. Возможно, кому-то такая идея греет сердце и душу. Однако для комплексного (в отличие от отраслевого) законодательства характерно подавляющее преобладание разноотраслевых нормативных актов, содержащих нормы различных отраслей права. Разработка и издание комплексных актов продиктованы главным образом единством цели регулируемых отношений^[274]. Одноотраслевое регулирование не способно (и не рассчитано на это) обеспечить надлежащую регламентацию взаимосвязанных и объединенных единством цели отношений.

В основе формирования предпринимательского законодательства должен быть положен такой критерий, как сфера предпринимательской деятельности. В данной сфере возникают особого рода общественные отношения. Первая груп-

па – отношения между субъектами предпринимательской деятельности. Такие предпринимательские отношения принято называть в литературе отношениями по горизонтали. Вторую группу представляют отношения между субъектами предпринимательской деятельности и органами государственного и местного управления. Эти связи можно назвать отношениями по вертикали. Их удельный вес в предпринимательском законодательстве значительно меньше, чем отношений по горизонтали^[275]. И в последнюю группу входят внутрифирменные (корпоративные) отношения, складывающиеся между подразделениями предприятий (организаций). Добавим – не только. Эти отношения регулируются предприятиями (организациями) путем издания локальных (корпоративных) правовых актов.

Критерий «сфера предпринимательской деятельности» позволяет провести разграничение между предпринимательским и хозяйственным законодательством, объект последнего – отношения в области хозяйствования. В юридической литературе нередко ставится знак равенства между рассматриваемыми понятиями^[276].

Предпринимательское законодательство образует единую систему нормативных правовых актов различной юридической силы. В отличие от гражданского законодательства, в состав которого входят ГК РФ и федеральные законы (п. 2 ст.3 ГК РФ), предпринимательское законодательство – это широкое понятие. Оно включает прежде всего законодатель-

ные акты федерального уровня (Конституцию РФ; федеральные конституционные законы; федеральные законы; нормативные постановления Государственной Думы и Совета Федерации; нормативные указы Президента РФ, принятые в период поэтапной конституционной реформы; не утратившие силу ранее изданные законы и нормативные постановления Съезда народных депутатов СССР, Съезда народных депутатов РСФСР (РФ), Верховного Совета СССР и Верховного Совета РСФСР и т. д.). В состав предпринимательского законодательства также входят подзаконные нормативные акты (указы Президента РФ, постановления Правительства РФ, ведомственные акты). Названные акты образуют федеральный уровень регулирования предпринимательской деятельности, основанный на централизации управления экономикой.

Такое положение соответствует правилу, сформулированному в п. 1 ст. 8 Конституции РФ, о том, что в Российской Федерации гарантируется единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств. Безусловно, что указанное единство можно обеспечить в первую очередь за счет единообразного применения нормативных правовых актов федерального уровня.

После упорной борьбы и политических компромиссов Россия выбрала путь федерализма и децентрализации управления. Сегодня наблюдается опережающее развитие

законодательства субъектов Федерации по сравнению с законодательством РФ. Субъекты Федерации (особенно сильные регионы) пытаются в полном объеме реализовать свои полномочия в сфере правового регулирования. С другой стороны, центр пытается удержать за собой полномочия в тех объемах, в которых он имел их при унитарном типе государства^[277]. На этом фоне нередко встречаются противоречия между федеральным и территориальным (региональным) законодательством. И центр, и субъекты Федерации признают это, однако, как правило, не мешают естественному ходу событий. Лишь в последнее время (на фоне принятия законов об укреплении вертикали власти) центр предпринимает заметные шаги, направленные на приведение регионального законодательства в полное соответствие с требованиями Конституции РФ и федеральных законов. Что из этого получится, проживем – увидим. По крайней мере, Республика Башкортостан уже успела отрапортовать о завершении такой чистки республиканского законодательства. Губернатор Свердловской области заявил о необходимости вносить изменения и дополнения в региональное законодательство не только за счет уменьшения объема полномочий органов государственной власти субъекта РФ. По его мнению, надо восполнить региональное законодательство недостающими полномочиями.

Разграничение нормотворческой компетенции Федерации и ее субъектов прежде всего закреплено в ст. 71, 72

Конституции РФ. В силу ст. 71 к ведению Российской Федерации относятся, например, вопросы: установления правовых основ единого рынка; финансового, кредитного, таможенного регулирования; уголовного, уголовно-процессуального законодательства; гражданского, гражданско-процессуального и арбитражно-процессуального законодательства; правового регулирования интеллектуальной собственности. Вопросы, находящиеся в совместном ведении Федерации и ее субъектов, получили закрепление в ст. 72 Конституции РФ. Субъекты Федерации самостоятельно и в полном объеме осуществляют правовое регулирование по предметам, находящимся в их исключительном ведении (ст. 73 Конституции РФ).

В Конституции РФ содержатся неопределенные, а порой противоречивые нормы, регулирующие вопросы нормотворческой компетенции. Так, в вопросах правовой регламентации рыночных отношений ст. 71 исходит из того, что гражданское, гражданско-процессуальное и арбитражно-процессуальное законодательства относятся в целом к ведению Федерации. Однако в силу ст. 72 Основного закона к совместному ведению также относятся гражданско-правовые вопросы владения, пользования и распоряжения землей, недрами, водными и другими природными ресурсами. К числу неопределенных следует отнести словосочетание «установление правовых основ единого рынка». В буквальном смысле оно (словосочетание) охватывает все правовое регулиро-

вание экономики.

В Конституции РФ разграничение нормотворческой компетенции между Федерацией и ее субъектами построено в основном по отраслям законодательства. Однако Конституция РФ содержит перечень вопросов, находящихся в ведении Федерации либо в совместном ведении Российской Федерации и ее субъектов, которые формируются по другим критериям (например, денежная эмиссия, основы ценовой политики, правовое регулирование интеллектуальной собственности).

И наконец, разграничение нормотворческой компетенции между Федерацией и ее субъектами следует установить не только в Конституции РФ. Процедура такого разграничения должна получить четкое закрепление в специальном законе о принципах разграничения предметов ведения и делегирования полномочий между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов РФ. На наш взгляд, надо покончить с практикой подписания двусторонних (рамочных) соглашений между центром и субъектами РФ. Время, когда субъектам РФ разрешалось иметь столько суверенитета, сколько они его проглотят, прошло безвозвратно. Что касается уже подписанных соглашений, то они подлежат досрочному расторжению.

Нормотворческая компетенция муниципальных образований вообще не получила закрепление в Конституции РФ.

Подзаконные нормативные акты играют заметную роль в

правовом регулировании отношений в сфере предпринимательской деятельности. Они (акты) не должны противоречить Конституции РФ и федеральным законам. Это конституционное требование не всегда соблюдается на практике, о чем свидетельствует обзор постановлений Конституционного Суда РФ и судебных решений Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ по конкретным делам.

Сдерживание и упорядочение сферы применения ведомственных (равно и региональных) нормативных актов остается до сих пор актуальной проблемой. Ведомственный эгоизм и местничество возникли не сегодня. Современный сепаратизм многолик: он проявляется не только в политике и экономике, но и в праве^[278].

Президент РФ издал Указ от 23 мая 1996 г. № 763 «О порядке опубликования и вступления в силу актов Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации и нормативных актов федеральных органов исполнительной власти», определив порядок государственной регистрации в Минюсте РФ нормативных правовых актов министерств (ведомств), затрагивающих права, свободы и обязанности человека и гражданина, устанавливающих правовой статус организаций или имеющих межведомственный характер^[279]. Эти акты подлежат обязательному официальному опубликованию в газете «Российские вести» в течение десяти дней после дня их регистрации, а также в «Бюллетене нормативных актов федеральных органов исполнительной вла-

сти». Официальным является и Бюллетень, распространяемый в машинописном виде научно-техническим центром правовой информации «Система».

Ведомственные нормативные правовые акты (кроме актов и отдельных их положений, содержащих сведения, составляющие государственную тайну, или сведения конфиденциального характера), не прошедшие государственную регистрацию, а также зарегистрированные, но не опубликованные в установленном порядке, не влекут правовых последствий и не могут служить основанием для регулирования соответствующих правоотношений, применения санкций к гражданам, должностным лицам и организациям за невыполнение содержащихся в них предписаний. На указанные акты нельзя ссылаться при разрешении споров.

На практике встречаются значительные трудности, связанные с применением правила о государственной регистрации ведомственных нормативных актов и их опубликовании. Так, в силу ст. 7 Федерального закона от 10 июля 2002 г. № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» (в ред. ФЗ от 29 июля 2004 г. № 97-ФЗ) нормативные акты Банка России вступают в силу по истечении 10 дней со дня их официального опубликования в «Вестнике Банка России»^[280], за исключением случаев, установленных Советом директоров.

Ранее действовавший Закон о Банке России содержал правило (ст. 6) о том, что нормативные акты ЦБ, непо-

средственно затрагивающие права, свободы или обязанности граждан, должны быть зарегистрированы в Минюсте РФ в порядке, установленном для регистрации актов федеральных органов исполнительной власти. Закон о Банке России исключал акты, устанавливающие правовой статус организаций или имеющие межведомственный характер, из сферы регистрации в Минюсте РФ и официального опубликования в «Вестнике Банка России». Новый Закон о Банке России внес изменения в данное правило: нормативные акты Банка России должны быть зарегистрированы в Минюсте РФ в общем порядке.

Приведем еще один пример из банковской практики. ГУ Банка России по Свердловской области в своем письме № 13-1-024/208 от 12 ноября 1997 г. проинформировало коммерческие банки о том, что в соответствии с указаниями Банка России участником создаваемой кредитной организации не может быть юридическое лицо, с даты государственной регистрации которого прошло менее одного года. Юридические лица «старше» одного года, но «моложе» трех лет могут приобрести до 20 % доли в уставном капитале действующей кредитной организации и т. д.

Понятно стремление Банка России обеспечить необходимые условия для формирования надежной и устойчивой банковской системы. Но почему при этом игнорируется Гражданский кодекс, в силу п. 2 ст. 49 которого юридическое лицо может быть ограничено в правах лишь в случаях и в

порядке, предусмотренных законом.

В ходе разрешения споров стороны нередко обосновывают свои доводы ссылками на различные рекомендации и разъяснения, издаваемые федеральными органами исполнительной власти по вопросам применения тех или иных актов, в том числе налогового законодательства. Высший Арбитражный Суд РФ разъяснил, что такие рекомендации и разъяснения не являются нормативными правовыми актами и не могут служить основанием для привлечения налогоплательщика к ответственности. При рассмотрении споров данные документы оцениваются арбитражными судами наряду с другими материалами (п. 6 письма Высшего Арбитражного Суда РФ от 31 мая 1994 г. № С 1–7/ОП-373).

В системе предпринимательского законодательства заметную роль играют акты локального (корпоративного) регулирования^[281]. Последние в зависимости от характера содержащихся в них предписаний подразделяются на нормативные и индивидуальные.

Первые являются нормативными правовыми актами общеобязательного действия, вторые издаются в целях регулирования поведения конкретного индивида.

Локальные (корпоративные) нормативные правовые акты имеют ряд отличительных признаков. Во-первых, корпоративные акты издаются самим предприятием (организацией) для решения внутренних вопросов. Предприятие (организация) осуществляет правотворческую деятельность, направ-

ленную на урегулирование внутренних отношений. Во-вторых, локальные акты – это подзаконные акты. В иерархии правовых актов, регулирующих предпринимательскую деятельность, акты локального действия должны подчиняться актам более высокого ранга, не противоречить им. В-третьих, сфера действия нормативных актов не ограничивается только территорией предприятия (организации). В литературе справедливо отмечается, что их сфера применения ограничивается принадлежностью субъекта к коллективу или членством, возникающим по различным основаниям^[282]. Например, акционер, не выполняя какой-либо работы в акционерном обществе (АО), обязан подчиняться корпоративным нормам, изложенным в уставе АО.

Локальные нормативные правовые акты, регулирующие внутрифирменные (корпоративные) отношения, можно классифицировать по: предмету регулирования; субъективному составу (кругу лиц); характеру содержащихся предписаний; форме, в которую облечен акт.

Понятие «предпринимательское (равно и хозяйственное) законодательство» **имеет право на существование** и в рыночных отношениях. Попытки ряда ученых заменить его (понятие) на словосочетание «законодательство по экономическим вопросам» выглядят неубедительными.

Развитие российского законодательства строится, как правило, по отраслям. Раньше такая идея получила закрепление в Общеправовом классификаторе отраслей законода-

тельства, который был утвержден 16 декабря 1993 г. Указом Президента РФ^[283].

В настоящее время действует Классификатор правовых актов, утвержденный Указом Президента РФ от 15 марта 2000 г. № 511^[284]. Новый Классификатор (хотя не использует словосочетание «отрасль законодательства») относит гражданское, гражданско-процессуальное, арбитражно-процессуальное, уголовное, уголовно-процессуальное законодательство к числу отраслей законодательства, сгруппированных именно по этому критерию. Вместе с тем Классификатор содержит перечень правовых актов, входящих в состав отраслей законодательства, которые формируются по другим критериям. Например, классификация отраслей законодательства осуществляется с учетом такого критерия, как отрасль экономики (например, законодательство о промышленности, законодательство о строительстве и т. д.).

В Классификаторе нет раздела (подраздела) о предпринимательском законодательстве. Поэтому правовые акты с разной юридической «пропиской» оказались разбросанными по всему Классификатору.

Такая ситуация объяснима двумя причинами. **Во-первых**, Классификатор разработан и издан в целях унификации банка данных о правовых актах, а также обеспечения автоматизированного обмена правовой информацией между органами власти федерального, регионального и местного уровней. Поэтому при его разработке не преследовалась

цель – формирование состава отраслей российского законодательства. Напротив, разработчики продемонстрировали прикладной характер Классификатора^[285]. **Во-вторых**, с учетом публично-правовых начал многие вопросы предпринимательства оказались в других разделах Классификатора. Так, указанные вопросы получили финансово-правовую прописку и вошли составной частью в финансовое законодательство.

Надо отметить, что системность предпринимательского законодательства во многом обеспечивается путем издания кодифицированных актов в сфере предпринимательской деятельности. Существуют различные виды кодифицированных актов (основы, кодексы, уставы, положения). Роль подобного акта выполняет, в частности, Гражданский кодекс.

Считаем, что издание торгового (равно коммерческого, предпринимательского или хозяйственного) кодекса в России пока нецелесообразно. Дуализм правового регулирования экономики приведет к серьезной проблеме разграничения сферы действия гражданского и торгового (предпринимательского и др.) права. К такому же выводу можно прийти, анализируя нормы (правила) проектов хозяйственного (предпринимательского) кодекса, основ хозяйственного законодательства, разработанных учеными – представителями концепции хозяйственного права России, а также действующего Хозяйственного кодекса Украины.

Вряд ли стоит впадать в крайности научной эйфории

и идеализировать факт принятия Хозяйственного кодекса Украины. Мы не считаем, что с его принятием проблем правового регулирования предпринимательства стало меньше^[286]. И главная из них – разграничение сферы действия ГК и Хозяйственного кодекса Украины. Как говорится, поживем – увидим.

Тем не менее в обозримом будущем мы допускаем издание предпринимательского кодекса (или кодекса предпринимательства), который будет призван комплексно регулировать отношения, возникающие в сфере предпринимательской деятельности. Указанные отношения неоднородны и состоят из административных, гражданских, финансовых и других общественных связей. В Предпринимательском кодексе должны получить закрепление публично- и частно-правовые начала регулирования отношений в области предпринимательства. Причем предпринимательский кодекс не должен повторять модель торговых кодексов Запада. Последние представляют собой кодифицированные акты торгового права как составной части права гражданского.

Совершенствование предпринимательского законодательства должно идти прежде всего по пути издания кодификационных актов, содержащих **предписания комплексного характера**. Причем такие акты надо разрабатывать на уровне подотраслей права и правовых институтов. В качестве примера можно привести банковский кодекс, страховой кодекс, кодекс о банкротстве, издание которых необходимо

в обозримом будущем. В отличие от традиционных кодексов они охватывают не отрасли права, а подотрасли (правовые институты), регулирующие какую-либо сферу предпринимательской деятельности.

Такая практика уже имеет место в странах Запада. Так, во Франции действуют Сельский кодекс, Лесной кодекс, Кодекс об урбанизации и еще несколько десятков подобных актов.

Кроме того, предпринимательское законодательство должно развиваться по схеме: кодифицированный (отраслевой или комплексный) акт – специальный закон. Например, основные положения о субъектах предпринимательской деятельности содержатся в ГК РФ, а особенности в Законах «Об акционерных обществах», «О финансово-промышленных группах», «О производственных кооперативах» и т. д.

Концепция правового обеспечения социально-экономических реформ в Российской Федерации должна строиться исходя из реальных экономических условий. Именно здесь приходится сталкиваться с серьезными проблемами. **Первая** из них – российская экономика есть рыночная экономика либо экономика переходного периода. Большинство ученых-экономистов оценивают современное состояние экономики как переходный этап к рыночной экономике. Следуя за представителями экономической науки, юристы также говорят о совершенствовании российского законодательства и правовой системы в переходный период^[287].

Рассматриваемая проблема является не столько теоре-

тической, сколько имеет практическое значение. Признание рыночного статуса российской экономики Соединенными Штатами, Европейским сообществом позволит России продавать товары на внешнем рынке на конкурентной, недискриминационной основе. Показательный пример: в мае 2001 г. Индия включила Россию в перечень стран с нерыночной экономикой. Затем, во время визита Премьер-министра Республики Индия Атая Бихари Ваджапаи в ноябре 2001 г. в Россию, на переговорах с Президентом РФ В. В. Путиным индийская сторона признала ошибочность отнесения нашей страны к числу стран с нерыночной экономикой.

С другой стороны, признание статуса рыночной экономики, а также вступление России в международные торговые организации имеет свои плюсы и минусы. Так, по словам заместителя министра экономического развития и торговли М. Медведкова, требование Всемирной торговой организации (ВТО) по сближению внешних и внутренних цен на энергоресурсы неприемлемо для России. Существуют серьезные разногласия по сельскому хозяйству. Не столько по тарифам, сколько по объемам государственной поддержки. Россия хотела бы ежегодно тратить на эти цели почти 17 млрд долл. США. Партнеры по ВТО (прежде всего Австралия, Канада, частично США) считают, что мы должны значительно сократить свои аппетиты. Вызывает у западных партнеров критику предложение России по ограниче-

нию права собственности иностранных компаний в секторе телекоммуникаций, банковских и страховых услуг. Как говорится, «свободен первый шаг, но мы рабы второго». Об этом надо не забывать, ведя переговоры по вступлению России в ВТО. Здесь могут быть негативные экономические последствия.

Правовая концепция – часть общефедеральной программы оздоровления и реформирования нашей экономики. Программы регионов (субъектов РФ), а также муниципальных образований должны входить в состав общефедеральной программы. Поэтому разработка и внедрение данной концепции должны осуществляться на трех уровнях: федеральном, региональном и муниципальном. Здесь действует основной принципиальный подход – разграничение и представление интересов собственника на федеральном, региональном (областном, краевом и т. д.) и муниципальном уровнях. Каждый субъект является не только собственником конкретного государственного и муниципального имущества. Российская Федерация, ее субъекты и муниципальные образования самостоятельно осуществляют правовое регулирование по предметам нормотворческой компетенции. Эти положения нашли отражения в Конституции РФ.

При разграничении нормотворческой компетенции следует особое внимание обратить на развитие ведомственного (министерств и ведомств) и регионального законодательства. Сегодня в России наблюдается опережающее развитие

законодательства субъектов Федерации над законодательством Российской Федерации. Субъекты Федерации (особенно сильные регионы) пытаются в полном объеме реализовать свои полномочия в сфере правового регулирования. С другой стороны, центр пытается удержать за собой полномочия в тех объемах, в которых он имел их при унитарном типе государства. Поэтому нередко встречаются противоречия между федеральным и территориальным (региональным) законодательством. Эта проблема не только юридическая. Несмотря на то что Россия официально провозглашена федеративным государством с республиканской формой правления (ст. 1 Конституции РФ), в реальной политической, экономической жизни нашего общества встречаются элементы унитарного государства.

Надо четко определиться, что мы строим: федеративное государство или унитарное государство с децентрализованной системой управления.

При формировании российского законодательства в целом и предпринимательского в частности следует учитывать реальные условия, в которых правовой акт будет жить и работать. Если тот или иной акт содержит нормы, ориентированные на перспективу, т. е. на развитие товарно-денежных отношений, то в нем должен предусматриваться механизм постепенного их введения в действие. С практической точки зрения представляется оправданным включение в текст нормативного акта организационных мер, обеспечивающих

надлежащую организацию исполнения законодательства. В качестве примера можно привести Антимонопольный закон. Вместе с тем следует отметить, что указанный Закон, несмотря на свою новизну, рассчитан на развитые рыночные отношения, а не на условия мощного монополизма. Поэтому отдельные положения Закона просто невыполнимы на современном этапе или их реализация сопряжена со значительными трудностями. Так, ст. 19 Антимонопольного закона предусматривает принудительное разделение хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение в определенной сфере производства. Бесспорно, что данная статья сформулирована с учетом зарубежного законодательства развитых стран и служит своеобразным красивым фасадом.

Рыночная экономика (особенно в такой стране, как Россия) немыслима без элементов централизованного руководства. Напротив, сейчас наблюдается во всех сферах российской экономики чрезмерное увлечение децентрализованными методами управления во вред публично-правовым. Попытки государства навести порядок в определенной сфере экономики часто расцениваются как произвол и неоправданное вмешательство государственных и местных органов власти в частные дела.

В качестве первостепенных мер по совершенствованию российского законодательства можно выделить следующие блоки.

Первый блок – разработка и принятие кодифицированных актов по типу Налогового кодекса РФ, Бюджетного кодекса РФ. Примером такого акта мог бы стать и Валютный кодекс РФ, основная цель которого – объединить и упорядочить множество нормативных актов, действующих в этой сфере. Пока что законодатель пошел по пути принятия нового Федерального закона от 10 декабря 2003 г. № 3-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле»^[288]. В этом направлении следует издать Банковский кодекс^[289], Инвестиционный кодекс, Кодекс о банкротстве, Страховой кодекс и т. д. В отличие от традиционных кодексов они охватывают не отрасли права, а подотрасли (правовые институты), регулирующие какую-либо сферу предпринимательской деятельности. Правда, здесь таится опасность «утонуть» в кодификации, размыть привычные грани слова «кодекс». Поэтому от разработчиков, а в конечном итоге и законодателя, требуется скрупулезная (даже **филигранная**) **нормотворческая работа**. В противном случае можно действительно прийти к необходимости издания банно-прачечного кодекса (или трамвайно-троллейбусного кодекса либо трубопроводного кодекса).

Второй блок – продолжение формирования законодательства о субъектах предпринимательской деятельности. Здесь необходимо принять закон о холдингах, внести существенные изменения и дополнения в Закон «О финансово-промышленных группах в Российской Федерации».

Законодательство о несостоятельности (банкротстве) заметно улучшилось в связи с принятием Законов от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»^[290], от 25 февраля 1999 г. № 40-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций» (в ред. ФЗ от 20 августа 2004 г. № 121-ФЗ), от 24 июня 1999 г. № 122-ФЗ «Об особенностях несостоятельности (банкротства) субъектов естественных монополий топливно-энергетического комплекса»^[291]. Как видно из содержания Закона о несостоятельности 2002 г., законодатель пошел по пути **консолидации** ранее принятых законов в данной сфере регулирования.

Следует продолжить разработку и принятие законов, а также подзаконных актов, развивающих отдельные положения Закона о несостоятельности 2002 г. (например, закона о саморегулируемых организациях).

Во многих промышленно развитых странах изданы специальные законы о процедуре банкротства банков. Однако, по мнению американских специалистов, издание специальных правил – только один путь решения проблемы банковских паник. Главное – это заверить вкладчиков в том, что в момент наступления финансовых проблем банк будет иметь возможность получения финансовой поддержки. Нужен закон о гарантиях вкладов клиентов банка. Такой закон проходит свой мучительный путь в Федеральном Собрании Российской Федерации.

Третий блок – развитие законодательства о государственном регулировании отдельных видов предпринимательской деятельности. Прежде всего надо принять Закон «Об основах управления экономикой России», который (при отсутствии предпринимательского кодекса) должен стать базисным нормативным актом, комплексно регулирующим отношения в сфере хозяйствования. На его основе следует формировать и развивать законодательство, посвященное государственному регулированию отношений в сфере предпринимательской деятельности.

Антимонопольное регулирование предпринимательской деятельности необходимо коренным образом пересмотреть с учетом перехода российской экономики на рыночные отношения. В этой области надо существенно обновить действующее законодательство. Нужен не простой набор законов (например, Антимонопольный закон), а согласованная система различных нормативных правовых актов, которая должна строиться на четкой антимонопольной и конкурентной политике. России не нужна тотальная борьба с монополиями. Не случайно Президент РФ В. В. Путин указал на необходимость серьезной работы в этом направлении в области энергетики и на железнодорожном транспорте. «У законодателей нет права на ошибку в работе над этими реформами, поскольку цена такой ошибки очень велика», – отметил глава государства.

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.