

# Тема 1. Отражение современных тенденций правового развития в концепциях публичного права

# 1. Возникновение представлений о частном и публичном праве. Ульпиан как родоначальник идеи о правовом дуализме.

Идеи деления права можно найти еще у Аристотеля и Демосфена.

**Аристотель**, рассуждая о несправедливости, подразделял все поступки, как справедливые, так и несправедливые, на поступки, касающиеся общества в его целом, и поступки, касающиеся одного или нескольких членов общества.

**Демосфен** в одной из своих речей говорил следующее: «Есть, граждане афинские, два вида правовых отношений, которые отражены в законах всех государств. Первый из них определяет отношения между согражданами, существующие между ними связи. На их основе решаются частные дела, ими регулируется жизнь сообщества людей. Другой вид таких отношений определяет, как мы должны вести себя по отношению к обществу и государству... законы, которые регулируют частно-правовые отношения, действительно должны быть мягкими и гуманными по отношению к большинству народа. Напротив же, которые лежат в основе государственного права, должны быть жестокими и суровыми ради вашей же пользы, ибо только при таком условии можно ограничить вред, который политические деятели способны причинить большинству народа»\*.

\* Демосфен. Речи. В 2-х томах. — Т.1. - М., 1994. - С. 295.

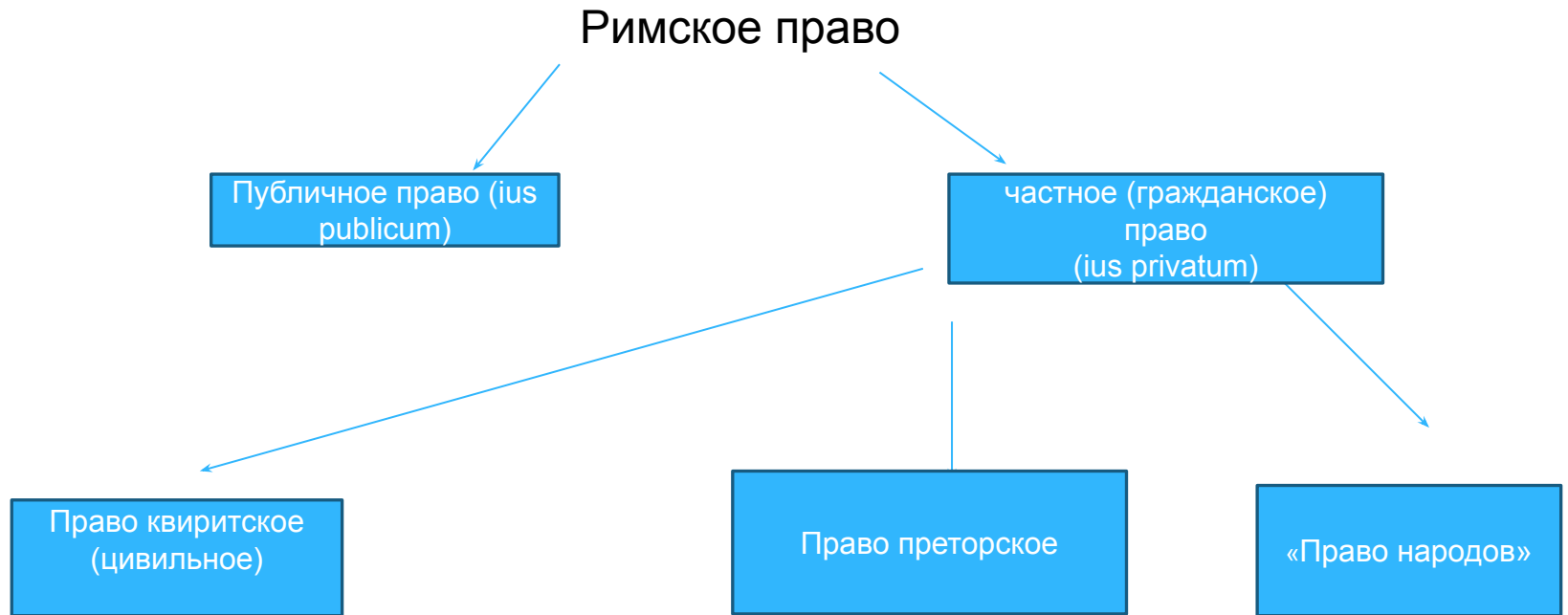
В качестве стройной концепции деление права на публичное и частное относится к республиканскому периоду Рима. Хронологически возникновение деления обычно относят к III в н.э., т.е. к периоду жизни **Ульпиана**.

«Huius studii duae sunt positiones: publicum et privatun; publicum ius est quod, ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem»\*.

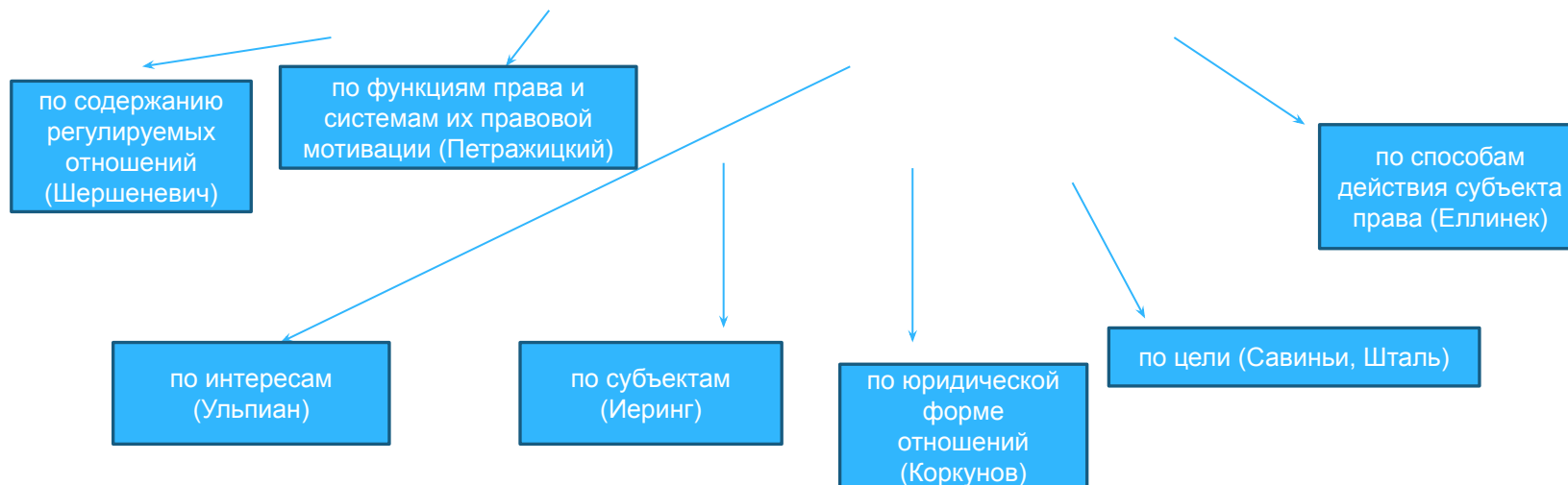
Чаще всего этот фрагмент переводится следующим образом: «В этом учении две части: учение о праве публичном и о праве частном. Правом публичным будет то, которое касается интересов римского государства; частным — будет то, которое касается интересов отдельных лиц». В состав публичного права входят «святыни, жрецы, магистраты». Частное право образуют право естественное, цивильное и право народов.

\*D. de iustitia et iure. 1.1. §2.

# Структура римского права




## Основание дихотомии права



# Концепции публичного права


На рубеже XIX и XX вв. в иностранной литературе продолжалось «шествие» концепций публичного права. Так, А.В. Дайси в книге «Основы государственного права Англии», издававшейся на протяжении 1885 - 1905 гг., использует в сравнительном плане их отдельные элементы. Теория господства права сопоставляется с французской теорией административного права, которая характеризовалась как свод правил, определяющих отношение административной власти к частным лицам. Удивление автора вызывает выведение из сферы общего права и судебной юрисдикции особых властных отношений, что способствует созданию административной юстиции\*.

\* Тихомиров Ю.А. Научная школа публичного права [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://www.consultant.ru>.



Г. Еллинек в книге «Общее учение о государстве» (1900 г.) выделил в рамках общего учения о государственном праве публичное право. Оно расчленяется на международное и государственное право в широком смысле. Последнее распространяется на судебное, уголовное и процессуальное право, на административное и государственное право в узком смысле. К государственному праву в широком смысле относится и церковное право как право публичных союзов, и оно находится рядом с публичным и частным правом\*.

\*Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 2004. С.373-382.




Следуя традиционной европейской концепции публичного права, французский ученый М. Ориу в книге «Основы публичного права» вновь сближает понятие позитивной теории государства и публичного права. Публичное право, с точки зрения ученого, путем создания институтов и корпоративной персонификации политической организации упорядочивает политические отношения в целях свободы и справедливости. Выделяются государственный режим, административный режим, конституционный режим, профессиональное движение, институт семьи, а также кризисы и болезни государственного режима\*.

В последние годы обстоятельный анализ публично-правовых проблем дан в книге французского ученого М. Гунеля «Введение в публичное право» \*\*. К основным признакам публичного права автором отнесены органический, формальный, телеологический и материальный критерии.

\*Ориу М. Основы публичного права. Пер. с фр. М., 1929.

\*\*Гунель М. Введение в публичное право. Институты. Основы. Источники. Пер. с фр., М., 1995.






В то же время заметен сугубо ситуационно-институциональный аспект в книгах английских, немецких и других ученых. Показателен и Обзор публичного права, подготовленный Европейской ассоциацией публичного права, содержащий статьи о конституционной юстиции в Италии, толковании права и роли суда в Англии, прозрачности в конкурентном праве, неформальных административных соглашениях, переходном правосудии и переходной демократии\*.

В немецком праве наблюдается устойчивое признание дуализма права. В систему публичного права включают государственное (конституционное) право, международное право, административное (управленческое) право, уголовное право, финансовое право и право налогов, судоустройственное право, социальное право, уголовно-процессуальное и гражданско-процессуальное право. Выделяются и комплексы правовых норм, регулирующих те или иные сферы отношений. В любом случае такие институты, как государство, парламент, федеральный канцлер, правительство, публичные органы в землях и др., всегда присутствуют (прямо или косвенно) в регулировании общественных отношений. Это право публичной власти \*\*.

\*Review of Public Law. 2012. Vol.2.4


\*\*Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. М., 2001. С. 14-19.




Во «Введении в швейцарское право» выделен небольшой раздел о разделении права на публичное и частное. Оно проводится для логичности, юрисдикционности и целей законодательства. Публичное право охватывает вопросы организации государства и других публичных органов и их отношения между собой и с гражданами. Его основными отраслями являются конституционное, административное, налоговое, уголовное право и процесс, международное публичное право. Если большая часть частного права кодифицирована, то большая часть публичного права, наоборот, остается некодифицированной. При этом Гражданским кодексом допускается применение некоторых общих принципов и в сфере публичного права по аналогии\*.

В странах общего права традиционно почти не выделяется публичное и частное право, равно как и строгое отраслевое деление. Книги, построенные по принципу серии «Introduction», включают разделы применительно к основным институтам права. Тем не менее примечательна нарастающая восприимчивость идей публичного права представителями системы общего права. Сказывается расширение и углубление сфер публично-правового регулирования в связи с общими тенденциями укрепления основ государственного строя и безопасности государств. Подтверждением служит книга «Английское публичное право» под редакцией Д. Фельдмана, изданная в 2004 г.

\* Introduction to Swiss Law/Eds. by F.Dessemontet, T.Ansay. Boston; L., 1995.



В странах мусульманского права концепция публичного и частного права не находит четкого выражения, хотя некоторая дифференциация их институтов используется для характеристики правовых систем. Так, профессор Тегеранского университета М. Эрфани в книге «Введение в бизнес-право Ирана» выделяет источники права (исламское право, конституция, судебные решения, обычай и доктрина), судебные и правовые системы, в том числе административные суды, право контрактов, коммерческое право, право инвестиций, право интеллектуальной собственности, трудовое право, право окружающей среды, морское право, энергетическое и нефтяное право, международное частное право, арбитраж, налоги и сборы. Ясно, что ряд отраслей носит бесспорно публично-правовой характер, другие сочетают публично-правовые и частноправовые способы регулирования (например, в рамках энергетического права действует комиссия по контрактам).




В России признание публичного права произошло значительно позднее, чем в Западной Европе. Специфические социально-экономические и политические условия в нашей стране, уклад жизни и общественное сознание сформировали сугубо этатистский подход к правовым явлениям и положению личности. Так, М.М. Сперанский рассматривал правовые элементы как часть общежития, в котором выделяются четыре установления: состояние лиц, собственность имущества, верховная власть, нравственность. Законы общежительные разделяются на законы государственные, определяющие права и обязанности, возникающие из союза верховной власти и подданных, и гражданские (состояние по семье и имуществу). Его внимание сосредоточено на первой группе \*.

Позднее, во второй половине XIX в., ученые-юристы дают широкую трактовку государства. Н.М. Коркунов считает его общественным союзом в виде самостоятельно признанного принудительного властвования над свободными людьми. Б.Н. Чичерин характеризует государство как союз народа. Народ и граждане живут под общим законом, который связывает их в единое целое. Союз управляется верховной властью, но целью государства является общее благо \*\*. И другие отечественные ученые-юристы не придавали значения дихотомии права, хотя в их трудах обстоятельно исследованы вопросы теории государства, власти, закона и широко освещался иностранный опыт. Пожалуй, лишь И.А. Ильин уже в XX в. разрабатывал вопросы публичного и частного права, видя почти в каждом правоотношении их элементы. Но и он выводил полномочия на власть из трактовки союза (государства, церкви, самоуправляющихся общин), подчиненного общим законам. Наука публичного права охватывает науки церковного права, науки государственного права, науки административного права, науки финансового права, науки уголовного права, науки судебного права \*\*\*.

\* Сперанский М.М. Руководство к познанию законов. СПб., 2002. С. 45-92.


\*\*История русской правовой мысли. Биография, документы, публикации. М., 1998. С.14-100.

\*\*\*Ильин И.А. Теория права и государства. М.,2003. С.118-123, 153-156.



В условиях Советского государства деление права на публичное и частное не признавалось. Универсальность действия государственной власти означала, что право есть продукт исключительно ее деятельности. И тогда «частное» допускалось как сугубо «личное» в ограниченных пределах. Право как выражение воли и интересов большинства, а затем всего народа как бы поглощало индивидуальные волеизъявления, а точнее, предопределяло их в качестве единственного легального основания. Достойного партнера в лице частного права не было.

Примечательно, что формальное непризнание публичного права не препятствовало интенсивной разработке институтов публичного права. В предвоенные и последующие годы появилось немало научных трудов о власти, государстве, федерации, законности. «Государственное» традиционно заменяло «публичное», хотя с 1960-х гг. развиваются исследования проблем политической организации общества, а позднее и теории политической системы, но попытки плюрализма власти вызывали критику оппонентов. Оттепель 60-х гг. и демократизация этому во многом способствовали.




Распад Союза ССР привел к коренным изменениям в нашем обществе. В правовой сфере вновь были признаны принципы верховенства права, разделения властей, независимого суда и приоритета прав и свобод человека и гражданина.

По мнению Ю.А. Тихомирова, сама дихотомия права является ответом на систему общественных потребностей, отражает различные формы социальных связей. «Генетические корни публичного права, как и частного права, кроются в развивающихся общественных отношениях. Именно в сферах жизни общества, государства и гражданина зарождаются процессы и явления, требующие публично правового регулирования. Вызревают потребности, удовлетворение которых отвечает социальным интересам. Применительно к публичному праву имеются в виду общие потребности, отношения, интересы, без обеспечения которых невозможно удовлетворение как личных интересов, так и общезначимых, публичных интересов общества в целом\*.

На принципиальный характер дуализма в праве в свое время указывал и Б.Б. Черепахин. Он полагал, что деление права на частное и публичное сохраняет свое значение для любого общества, в том числе и для советского\*\*.

\* Тихомиров Ю.А. Публичное право. М., 1995. С.1.

\*\*Черепухин Б.Б. К вопросу о частном и публичном праве. Иркутск, 1926. С.22.




Профессор Г.В. Мальцев так излагает свое видение дискуссии вокруг проблемы: «Много раз наиболее решительные ученые-юристы объявляли дуализм частного и публичного права надуманной проблемой, устаревшей схемой, имеющей чисто историческую ценность. Но сегодня с неожиданной остротой в российской юриспруденции возобновились дискуссии вокруг данной темы. Снова единое правовое пространство пытаются расчленить, установить сферы, соответствующие частному и публичному праву; это относят сюда, а это - туда, при несогласии спорят до изнеможения»\*.

С.С. Алексеев называет деление права на публичное и частное делением концептуального порядка. Следовательно, изучение этой проблемы - элемент общего предмета теории права, так как дихотомия отражает одну из закономерностей развития права.

С.Н. Ревина идею сочетания частного и публичного права относит к принципам правового регулирования рыночных отношений. При этом автор полагает, что сама классификация правовых предписаний на публичные и частные отражает глобальное строение общественного порядка. «Государство, как известно, зиждется на противоречии между общественной и частной жизнью, на противоречии между общими и частными интересами. И пока существует это противоречие, остается обоснованным деление права на публичное и частное»\*\*.

\*Мальцев Г.В. О субъективных публичных правах // Интерес в публичном и частном праве. - М., 2002. - С. 13.

\*\* Ревина С.Н. Теория права и рынок. - Самара, 2008. - С. 334




Конкретно-исторические условия современной России позволяют нам сделать вывод, что публичное право и его научное осмысление - важный элемент современной правовой системы. Не случайно концепция деления права на публичное и частное - один из реальных инструментов юридической практики.

Конституционный Суд России, например, использует категории «публичное» и «частное» по отношению к интересам, отношениям, методам, принципам регулирования общественных отношений. Примеров этому множество.

В Постановлении от 27 апреля 2001 г. №7-П по делу о проверке конституционности ряда положений Таможенного кодекса РФ Конституционный Суд РФ отметил: «Поддержание - в целях обеспечения конституционных гарантий прав и свобод граждан - **баланса публичных и интересов государства и частных интересов субъектов**, участвующих в таможенных и сопряженных с ними гражданско-правовых отношениях, диктует необходимость установления ограничительных сроков для применения конфискации (взыскания стоимости) товаров и транспортных средств, явившихся непосредственным объектом нарушения таможенных правил»\*.

\*Постановление Конституционного Суда РФ от 27.04.2001 № 7-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Таможенного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Арбитражного суда города Санкт - Петербурга и Ленинградской области, жалобами Открытых акционерных обществ «Автоваз» и «Комбинат «Североникель», Обществ с ограниченной ответственностью «Верность», «Вита - плюс» и «Невско - балтийская транспортная компания», Товарищества с ограниченной ответственностью «Совместное российско - южноафриканское предприятие «Эконт» и гражданина А.Д. Чулкова» // Российская газета. -1997. - 26 декабря.





В Постановлении от 14 июля 2005 г. № 9-П по делу о проверке конституционности ст. 113 Налогового кодекса РФ, признавая положения указанной статьи соответствующими Конституции РФ, Конституционный Суд РФ указал: «Придание положениям статьи 113 Налогового кодекса Российской Федерации иного смысла ... допускало бы применение срока давности привлечения к налоговой ответственности в противоречие с его предназначением в налоговом праве, подрывало бы баланс *публичных и частных интересов* и тем самым противоречило бы Конституции Российской Федерации, ее ст. 57 во взаимосвязи со ст. 1, 15 (часть 4), 17 (части 1 и 3), 18, 45, 49 и 55 (часть 30)». В этом же Постановлении Конституционный Суд РФ квалифицировал обязанность уплачивать законно установленные налоги и сборы *как публично-правовую*.

В Постановлении от 16 июля 2004 №14-П по делу о проверке конституционности отдельных положений части второй статьи 89 Налогового кодекса Российской Федерации" Суд установил, что определение полномочий государственных органов *в сфере публичного права* не допускает их собственного усмотрения и должно регулироваться на основе принципа «дозволено только то, что разрешено законом», являющегося необходимой гарантией против произвола и злоупотребления властью.

Как публично-правовые суд рассматривает: 1) обязанности государства по выплате денежных компенсаций гражданам, пострадавшим вследствие чернобыльской катастрофы (при этом указывается, что такая обязанность не тождественна обязанности работодателя возмещать своему работнику вред, причиненный при исполнении трудовых обязанностей)\*; 2) обязанность кредитных учреждений перечислить налоговые платежи в бюджет\*\*.

\*Постановление Конституционного Суда РФ от 19.06.2002 №11-П «По делу о проверке конституционности ряда положений закона Российской Федерации от 18 июня 1992 года «О социальной защите граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС» (в редакциях от 24 ноября 1995 года и от 12 февраля 2001 года), Федеральных законов от 12 февраля 2001 года «О внесении изменений и дополнений в закон Российской Федерации «О социальной защите граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС», от 19 июня 2000 года «О минимальном размере оплаты труда» и от 7 августа 2000 года «О порядке установления размеров стипендий и социальных выплат в Российской Федерации» в связи с запросами Верховного Суда Российской Федерации и Октябрьского районного суда города Краснодара, жалобами граждан и общественных организаций чернобыльцев» // Собрание законодательства РФ. - 2002. - №27. - Ст. 2779.

\*\*Постановление Конституционного Суда РФ от 14.07.2005 №9-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 113 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки Г.А. Поляковой и запросом Федерального арбитражного суда Московского округа» // Собрание законодательства РФ. -2005. - №30 (ч. П). - Ст. 3200.

***О публично-правовом типе регулирования общественных отношений*** говорит Конституционный Суд в Постановлении от 19 декабря 2005 г. №12-П\*. При этом Суд подчеркивает, что такой тип регулирования «в силу взаимодействия частноправовых и публично-правовых интересов - предполагает в то же время сочетание частноправовых и публично-правовых элементов. При этом законодатель, располагая широкой свободой усмотрения в выборе правовых средств, вместе с тем связан ***конституционно-правовыми пределами использования публичноправовых начал*** (статьи 7 и 8; статья 55, части 2 и 3, Конституции Российской Федерации)». Как ***средство публично-правового реагирования*** на правонарушение Конституционный Суд рассматривает юридическую ответственность в Определении № 146-0 от 23 мая 2006 года\*\*.

\*Постановление Конституционного Суда РФ от 19.12.2005 № 12-П «По делу о проверке конституционности абзаца восьмого пункта 1 статьи 20 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой гражданина А.Г. Меженцева» // Собрание законодательства РФ. - 2006. - № 3. - Ст. 335.

\*\*Определение Конституционного Суда РФ от 23.05.2006 №146-0 «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Сабирова Рауля Минигаязовича на нарушение его конституционных прав положениями статей 11, 17, 20, 22 и 26 Федерального закона «Об органах судейского сообщества в Российской Федерации» // Документ опубликован не был.

# Теории правового дуализма

М.И. Кулагин условно выделял теории интереса, метода и предмета

В.Ф. Попондопуло - теории предмета и метода

К.М. Маштаков, пользуясь терминологией дореволюционных авторов, выделяет материальные, формальные и смешанные теории

Б.Б. Черепахин дополнительно выделяет теории субъекта

И.А. Покровский - материальные и формальные теории

С.В. Дорохин дополнительно характеризует теории отрицания разделения публичного и частного права.

# Теории правового дуализма:

- 1) Материальные (по интересу; по характеру регулируемых отношений)
- 2) формальные;
- 3) смешанные;
- 4) теории, отрицающие деление права на частное и публичное.

# Материальные теории

Представители этой группы теорий разграничения публичного и частного права полагают, что различие заключается в самой материи, в самом содержании регулируемых отношений. Считается, что именно с помощью этого критерия публичное и частное право разграничивалось со времен античности.

В основу исследуемой нами конструкции отграничения частного права от публичного положено ставшее весьма известным изречение римского юриста классического периода Ульпиана.


# «Теория интереса»

Согласно утверждениям одного из основоположников исторической школы права К. Савиньи: «В публичном праве целое (государство) является целью, а отдельный человек занимает второстепенное положение; напротив, в частном праве отдельный человек является целью, а целое (государство) средством»\*.

Среди русских ученых непосредственным сторонником теории «интереса» следует считать Г.Ф. Шершеневича. «Только на различии бытовых отношений, нормируемых объективным правом, и может быть основано различие между частным и публичным правом. Характер нормируемых отношений определяет характер норм»\*\*. С точки зрения разграничения по материальному критерию, Г.Ф. Шершеневич определяет частное право «как совокупность норм права, регулирующие частные отношения в государстве, а публичное право - как совокупность норм права, регулирующих общественные отношения в государстве». Г.Ф. Шершеневич исследует также систему публичного и частного права. К публичному праву, по его мнению, должны относиться государственное право, административное право, финансовое право, уголовное право, судебное (процессуальное) право и церковное право\*\*.

\*Кошелев Д.А. Генезис публичного права Германии (1933-1939): теоретический и историко-правовой анализ: Дис. ... канд. юрид. наук. - Самара, 2003. - С. 27.

\*\*См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. - Рига, 1924. - С. 513-567; Он же. Курс гражданского права. -Т.1. - Казань, 1901. - С. 50-78; Он же. Задачи и метод гражданского правоустройства. - Казань, 1898; Он же. Учебник торгового права / По изд. 1914 г. - М., 1994. -С. 27-31.




Л.Л. Герваген видит критерии разделения права на публичное и частное «в разном способе указания объекта действия». При выборе же способа «должно служить руководством *степень значимости данного жизненного интереса*, а потому должны быть отнесены к публичному праву более важные жизненные отношения, а к частному праву - более мелкие жизненные отношения».

Идея разделения интересов на публичные и частные находит свое выражение в работе русского философа В. Соловьева «Оправдание добра. Нравственная философия»\*, в которой возникновение дуализма он связывает с возникновением государства. Если в период родового строя интересы собирательной группы и отдельного лица были непосредственно солидарны, тем более что в небольшом общественном целом, как род или клан, все или, по крайней мере, большая часть сочленов могли лично знать друг друга, так, что каждый для всех и все для каждого представляли, вообще говоря, реальную величину. С возникновением государства общественная группа охватывает сотни тысяч или даже миллионы людей и тогда личное реальное отношение между частями и целым становится невозможным, появляется ясное различие между общими и частными интересами и соответствующими областями права.


\*См.: Соловьев В.С. Оправдание добра. Нравственная философия. - М., 1996. - С. 272- 280.





К группе материальных теорий близко примыкает взгляд профессора Л.И. Петражицкого, а именно предложенное им деление права на лично-свободное и социально-служебное. Исходя из общей методологии психологической концепции права, Л.И. Петражицкий переносит вопрос о разграничении частного и публичного права в сферу индивидуальных психических переживаний управомоченного лица: « ... По различию в объективных представлениях мы делим подлежащие правовые явления, мнения, убеждения и подлежащие проекции: нормы власти, права власти и т. д. наделения, мнения, убеждения и подлежащие проекции: нормы власти, права власти и т.д. на социально-служебные или публично-правовые и свободные (от подлежащего служения) или частноправовые»\*.

\*См.: Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. - СПб.,2000.-С. 561.



По аналогичному критерию проводил разграничение частного и публичного права В.Н. Дурденевский. Он писал: «Публичные права могут осуществлять только на благо подвластных или социальной группы, частные права могут осуществлять в интересах их обладателя. Первые имеют общим центром интерес общества, общественное благо, вторые не имеют единого центра, так как они направлены на интерес отдельного субъекта, частного.

лица». Однако необходимо оговориться, что, по мнению В.Н. Дурденевского, разграничение на публичное и частное возможно вообще только на уровне субъективного права, так как в объективном праве все нормы одинаковы и публичны\*.

В наше время В.А. Бублик, А.Я. Курбатов, С.В. Михайлов также считают, что в качестве критерия разграничения должен использоваться интерес.

\*Дурденевский В.Н. Субъективное право и его основное разделение // Правоведение. - 1994.-№3.-С. 81.

# По характеру регулируемых отношений

Д.И. Мейер считал, что частное право регулирует имущественные интересы отдельных частных лиц, в то время как неимущественные интересы частных лиц должны находиться в сфере публичного права\*. П.П. Цитович, рассматривая понятие частного права, приходит к выводу, что оно представляет собой «совокупность постановлений, велений положительного права, дающих порядок и форму экономическому распределению в данное время у данного народа: короче - гражданское право есть право распределения»\*\*. Этой же точки зрения придерживаются Салейль, Вах, Эндеман\*\*\*.

Среди сторонников материальных концепций, работавших в советский период развития отечественной науки, можно назвать Ф.Д. Корнилова. Деление, по его мнению, должно проводиться не по формальному принципу, а по «признаку формального отображения материальных условий развития общественных отношений». Соответственно гражданское право им рассматривалось как форма производственных отношений, а публичное право - как форма политических отношений\*\*\*\*.

\*Мейер Д.И. Русское гражданское право. - Ч. 1. - М., 1997. - С. 31 -34.

\*\*Цитович П.П. Курс русского гражданского права. - Т.1. - Одесса, 1878. - С. 5.


\*\*\*См., подробнее: Черепяхин Б.Б. Указ. соч. - С. 9.

\*\*\*\*Корнилов Ф.Д. Юридический догматизм и диалектический материализм. - М., 1922. - С. 46-48.

# Формальные теории


Группа формальных теорий представлена различными позициями, на первый взгляд, разнящимися. Однако объединяет их в единое целое тот факт, что представители формальных теорий не видят принципиальной разницы в предметах правового воздействия публичного и частного права и предлагают акцент исследования перенести на другие свойства этих правовых явлений. С.В. Васильев приходит к выводу, что разграничение, проводимое по формальным критериям, является более предпочтительным в связи с устойчивостью формальной стороны в праве. На преимущества формальных теорий указывает и С.В. Дорохин. Он отмечает, что подобные конструкции оказались более устойчивыми к изменениям в правовой системе и системе законодательства; сами критерии деления являются наиболее конкретными и применимыми к позитивному праву. Н.П. Аслаян пишет: «Догматические принципы являются концентрированным выражением сущности правового регулирования той или иной сферы правопорядка, нашедшей закрепление в позитивном праве, субстанцией, вбирающей в себя наиболее существенные ее характеристики собственно регулятивного и ценностного свойства», поэтому применение формальных критериев «представляется оправданным и обоснованным»\*.

\*См.: Аслаян Н.П. Основные начала российского частного права. - Иркутск, 2001. - С. 163



Согласно одной из точек зрения на проблему публичного и частного права, различия между ними проводятся в зависимости от того, кому предоставлена инициатива защиты в случае правонарушений, т.е. рассматривается не содержание охраняемых интересов, а порядок их охранения. Публичное право, согласно такой трактовке это право, которое охраняется по инициативе государства в порядке суда уголовного или административного, причем такая охрана осуществляется независимо от воли потерпевшего лица. Частное же право охраняется по инициативе субъекта, чьи интересы, чье право нарушено путем предъявления иска в порядке гражданского судопроизводства. Так, по мнению А. Тона «частным правом дается нормативная защита (защита с помощью велений), представленная интересами частных лиц против частных лиц, тем путем, что правопорядок дает защищаемому средство для устранения нарушения, предоставляя это средство в его распоряжение. Частное (исковое) притязание есть признак частного права. Обосновывающими частное право или, короче, частноправовыми нормами мы, таким образом, называем такие нормы, нарушение которых вызывает для потерпевшего нарушение своего интереса, частное притязание (исковое). В противоположность этим нормам к публичному праву относятся те нормы, нарушение которых вызывает публично-правовое притязание. Последнее имеется во всех тех случаях, если какой-либо орган государства имеет право и обязан к вмешательству официальному». Нужно также отметить, что А. Тон разграничивает публичные и частные права, а не нормы\*.

\*Thon A. Rechtsnorm und subjeyives Rechts. Т. 1П. - 1878. - S.1 14, 121, 131-134.




Различие между публичным и частным правом по инициативе защиты как достаточному критерию (т.е. формальная теория в чистом виде) получает развитие у С.А. Муромцева. «В одних случаях органы власти выступают на защиту по собственной инициативе, в других же случаях не иначе, как по призыву частных лиц. Случаи первого рода мы соединяем в отделе публичного права, случаи второго рода - в отделе гражданского права»\*.

Критерием деления естественного права на частное и публичное, по мнению Ф.Цейллера, выступает зависимость или независимость человека от публичной власти. «Частное право рассуждает I. о внеобщественных, и именно а) первоначальных врожденных правах, совершенно уже на природе нашей утвержденных, как пример, право самосохранения; б) о правах приобретаемых, ... например, право от договоров происходящее; II. Об общественных правах членов семейств. Публичное или общее право говорит I. о законном общественном соотношении членов государства (гражданства), следовательно, а) между верховною главою и подданными; б) между гражданами порознь: естественное государственное право. II. о внеобщественном правомерном отношении государств между собою: естественное право государств - право народное»\*\*.

\*См.: Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. - СПб., 1879.

\*\*Там же. - С. 25-27.



Е.Н. Трубецкой, Ф.В. Тарановский, Ф.Ф. Кокошкин считали, что критерий разграничения права на частное и публичное есть характер правоотношения, а точнее - положение субъектов такого отношения. Так, Е.Н. Трубецкой отмечал, что единственным основанием деления прав на частные и публичные является характер самого правоотношения между отдельным лицом и тем или другим социальным целым. Те права, где частное лицо является самостоятельным субъектом права, - права частные, а те права, где отдельное лицо фигурирует как подчиненная часть социального целого, - права публичные\*. Опираясь на категории современной науки, частное право отличают горизонтальные связи без властного подчинения, а публичное - вертикальные с таким подчинением.


М.И. Брагинский считает, что существует только один признак, способный претендовать на роль критерия разграничения права на публичное и частное - характер связи участников правоотношения, который выражается в том, что публичное правоотношение построено на началах власти и подчинения, а частное - равенства\*\*.

В.Ф. Яковлев также отмечает, что субъекты частного права между собой равны и автономны в правовом отношении, а участники административных, финансовых, налоговых отношений, напротив, юридически не равны, находятся в отношениях власти и подчинения, поскольку во всех этих отношениях в качестве одной из сторон выступает государство и его органы власти\*\*\*.

\*См.: Брагинский М.И. О месте гражданского права в системе «право публичное - частное» // Проблемы современного гражданского права. - М., 2000. - С. 68.

\*\*См.: Яковлев В.Ф. Россия: экономика, гражданское право (вопросы теории и практики). -М., 2000.-С. 152.


\*\*\*См.: Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. - М., 1917. - С. 204.



Сходную трактовку природы публичного и частного права мы видим и в Постановлении Конституционного Суда РФ от 20 февраля **2001** г. №3-П по делу о проверке конституционности абзацев второго и третьего пункта 2 статьи 7 Федерального закона «О налоге на добавленную стоимость», где прямо указывается, что налоговые отношения основаны на подчинении одной стороны другой, что выражает публично-правовой метод регулирования, а гражданские отношения основаны на равенстве участников\*.

\*Постановление Конституционного Суда РФ от 20.02.2001 № 3-П «По делу о проверке конституционности абзацев второго и третьего пункта 2 статьи 7 Федерального закона «О налоге на добавленную стоимость» в связи с жалобой Закрытого акционерного общества «Востокнефтересурс» // Собрание законодательства РФ. - 2001. - №10. - Ст. 996.






Другим направлением формальной теории являются концепции разграничения по характеру правовых норм. Сами трактовки сторонников этого научного направления сильно разнятся.

Например, немецкий юрист XIX в. Мюленбрух полагал, что существуют двоякого рода юридические нормы: одни создаются волей законодателя, а другие - волею частных лиц, с согласия закона. В первом случае перед нами нормы публичного права, во втором — нормы частного права\*.

И.А. Покровский же писал: «Право, как известно, имеет своей общей целью регулирование межчеловеческих отношений. Но если мы присмотримся ближе к способам или приемам этого регулирования, то мы заметим следующее крупное различие. В одних областях отношения регулируются исключительно велениями, исходящими от одного единственного центра, каковым является государственная власть. Эта последняя своими нормами, указывает каждому отдельному лицу его юридическое место, его права и обязанности по отношению к целому государственному организму или по отношению к другим отдельным лицам. Только от нее, от государственной власти, могут исходить распоряжения, определяющие положение каждого отдельного человека в данной сфере отношений, и это положение не может быть изменено никакой частной волей, никакими частными соглашениями. Регулируя все эти отношения по собственному почину и исключительно своей волей, государственная власть принципиально не может допустить в этих областях рядом с собой никакой другой воли, ничьей другой инициативы. Поэтому исходящие от государственной власти нормы имеют здесь безусловный, принудительный характер обязанностей: они должны быть осуществлены, так как неосуществление права явится неисполнением сопряженной с ним обязанности (бездействием власти). Вот этот-то прием юридической централизации и составляет основную сущность публичного права»\*\*.

\*См.: Рождественский А. Теория субъективных публичных прав: критикосистематическое исследование. Т.1. - М., 1913. - С. 217.

\*\*См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права ... - С. 38-39.



Несколько иначе выглядит теория «характера правовых норм» в трактовке Е.А. Энгеля. В условиях строительства нового советского права, он настаивал на том, что термины «публичное право» и «частное право» устарели. Однако выделял в массиве права «условно-принудительные» нормы и «безусловно-принудительные»<sup>\*</sup> нормы, показывая все же специфику различных форм воздействия на общественные отношения.

Я.Ф. Миколенко при разграничении двух ветвей советского права - гражданского и государственного - предлагал исходить из критерия характера нормы права<sup>\*\*</sup>. По этому поводу О.С. Иоффе отмечал, что «под иным наименованием на почву советского права переносится деление его на частное и публичное»<sup>\*\*\*</sup>.

В достаточно радикальном варианте эта позиция представлена у В. Буркхардта. По его мнению, деление права на публичное и частное совпадает с делением правовых предписаний соответственно на императивные и диспозитивные. Частноправовые нормы действуют, только если стороны не договорились о другом, тогда как публично-правовые подлежат применению независимо от усмотрения участников общественных отношений<sup>\*\*\*\*</sup>.

<sup>\*</sup>Энгель Е.А. Материалистическая теория права // Рабочий суд. - 1924. - №3. - С. 244.

<sup>\*\*</sup>Миколенко Я.Ф. О предмете и принципах социалистического гражданского права // Проблемы социалистического права. - 1938. - №5. - С. 49.

<sup>\*\*\*</sup>Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР. 4.1. - JL, 1975. - С. 60.

<sup>\*\*\*\*</sup>Burckhardt W. Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. - Zurich, 1944. — S. 22.

Необходимо отметить и существование неких «комплексных» вариантов формальных трактовок. Речь идет о совмещении критериев положения субъекта и характера норм. Например, Л. Эннекцерус писал: «Частное право регулирует отношения отдельных лиц на основе равенства. Оно представляет собой противоположность публичному праву, которое регулирует правоотношения публичных организаций (государства, общества, церкви и т.д.) как таковых, а также этих организаций друг с другом, равно отношения этих организаций со своими членами. В публичном праве, поскольку речь идет об отношениях между обществом и его членами, преобладает принцип господства и подчинения, или, по меньшей мере, охраны и подчинения»\*.

Помимо Гирке, сторонниками данного разделения права в немецкой юриспруденции выступали Фриккер, Ульбих, Рёслер, Коллерберг и другие\*\*. Еллинек отмечал, что идею социального права, заключающего в себе государственное право, можно найти уже у теоретиков естественного права, например у Хёпфнера\*\*\*.

Оценивая теорию Гирке, Г.Ф. Шершеневич полагал, что тот поступил бы правильно, если бы предложил трехчленное деление права на частное, общественное и публичное. До Гирке, о трехчленном делении права писал Роберт Моль\*\*\*\*.

\*Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. — Т.1. — М., 1950. - С. 22.

\*\*См.: Рождественский А. Теория субъективных публичных прав: критикосистематическое исследование. Т. 1. - М., 1913. — С. 192.

\*\*\*Еллинек Г. Общее учение о государстве. - СПб., 2004. - С. 279.

\*\*\*\*См.: Тарановский Ф.Ф. Учебник энциклопедии права. - Юрьев, 1917. - С. 238.


# Смешанные теории

В общем виде их можно охарактеризовать как попытки компромисса. Недостатки материальных и формальных критериев «преодолеваются» их различными сочетаниями.

Так, еще Р. Иеринг подчеркивал недостаточность одной лишь категории «интерес» для отграничения частного права от публичного. С его точки зрения в субъективном праве необходимо выделять содержательный момент (право на иск) и разграничение проводить также и по порядку защиты\*.

Дернбург, делая попытку использовать оба критерия, во главу угла ставит материальный, но для практических целей считает удобным использовать формальный критерий инициативы защиты. «Если правовая норма предназначена служить, прежде всего, интересам отдельных лиц, то она относится к частному праву; если же решающий для нее является интерес общества, то она принадлежит публичному праву». И далее он продолжает: «Впрочем, в этом различии не заключается резкого противоположения, поэтому благо отдельного лица или благо целого связаны самым тесным образом». Поэтому, по его словам, часто бывает сложно определить, преобладает ли в известной норме интерес лица или интерес общества, является ли она, соответственно, частной или публичной.


\*См.: Иеринг Р. Дух римского права на различных этапах его развития. - СПб., 1875.



Французский профессор М. Планиоль объединяет критерий интереса и субъектного состава правоотношений. Он пишет: «Публичное право регулирует отношения лиц, которые действуют в общем интересе, в силу прямой или косвенной делегации суверенной власти; частное право регулирует деятельность, которую частные лица осуществляют от своего собственного имени и в своих индивидуальных интересах». По мнению К. Ларенца публичное право регулирует отношения государства, объединений, общин, других публичных образований с частными лицами. Частное право регламентирует отношения частных лиц. Публичное право защищает интересы государства, а частное право - интересы частных лиц. Впрочем, он также считает необходимым заметить, что отношения, регулируемые публичным правом характеризуются властью и подчинением, а частные строятся на основе равенства.

\*Цит. по : Кулагин М.И. Указ. соч. - С. 195.

\*\*Larenz K. Allgemeiner Teil des Deutschen Burgerlichen Rechts. - Munchen, 1989. - S.1.



Еллинек исходит из понятия права в субъективном смысле как «признанного и защищаемого правопорядком господства человеческой воли, направленного на известное благо или интерес», и различает два элемента в субъективных правах: «Господство воли (власть воли) есть формальный, а благо или интерес - материальный элемент в субъективном праве»\*. Что касается материального элемента, то, по его мнению, «отдельные интересы распадаются на такие, которые установлены преимущественно ради индивидуальных целей, и такие, которые установлены преимущественно ради общих целей. Признанный преимущественно ради общего интереса индивидуальный интерес представляет содержание публичного права.


Но преимущественно ради общего интереса признается известный интерес за отдельным лицом, поскольку оно выступает не в качестве изолированной личности, а в качестве члена общественного союза. Сообразно с этим субъективное публичное право со своей материальной стороны представляет такое право, которое принадлежит отдельному лицу на основании его положения как члена государства. Что касается формального элемента права, господства воли, то он различает два его вида: дерзновение и возможность\*\*.

Формальное различие между частными и публичными правами состоит в том, что всякое субъективное частное право содержит в себе и дерзновение и возможность, а субъективное публичное право лица имеет содержанием только возможность\*\*\*.

\*Еллинек Г. Общее учение о государстве. - СПб., 2004. - С. 373.

\*\*Там же. - С. 374.

\*\*\*Еллинек Г. Указ. соч. - С. 375.



В российской науке о необходимости применения смешанного критерия для разграничения публичного и частного права писали Н.Л. Дювернуа, Ю.С. Гамбаров, В.М. Хвостов, А. Рождественский.

Весьма интересный подход к проблеме был предложен Н.М. Коркуновым. Он считал, что «основание различия следует искать в различии не фактического, бытового основания этих отношений, а в различии их юридической формы. Но только нельзя это различие сводить исключительно к различию положения субъекта прав или последствий нарушения тех или иных прав. Надо, следовательно, поискать объяснения различия частного и публичного права в различии общего характера юридической формы тех или других отношений». Автор полагал, что роль критерия может сыграть способ использования объекта права. «Право, как мы видели, есть вообще возможность пользоваться чем-либо; эта возможность может быть обеспечена лицу в двоякой форме». Самая простая форма - это разделение объекта использования в частное обладание, т.е. выделение объекта «моего и твоего»; вторая форма - приспособление объекта к совместному осуществлению разграничиваемых интересов. Как отмечал Н.М. Коркунов, что «все характеристические особенности частного и публичного права вполне объясняются различием поделения объекта и его приспособления».

\*Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. - СПб., 1914. - С. 178.

\*\*Там же. - С. 180.



В современной правовой науке необходимость применения смешанного критерия (интерес и метод регулирования) отстаивает К.М. Маштак.

Совокупность критериев использует, например, и современная учебная литература по римскому праву. Так, О.А. Жидков указывает, что деление римского права на публичное и частное отразило присущее любому цивилизованному обществу противоречие между частным и общественным интересом и имело под собой объективные различия в методах правового регулирования. Публичное право носило императивный характер, оно включало в себя отношения власти-подчинения. Охрана частных интересов осуществлялась лишь по инициативе заинтересованных лиц\*. Аналогичной точки зрения придерживаются В.В. Макеев и А.Г. Головки\*\*, М.В. Яровая\*\*\*.


\*См.: История государства и права зарубежных стран. Учебник. 4.1. / Под ред. О.А. Жидкова и Н.А. Крашенинниковой. - М., 2002. - С. 224.

\*\*См.: Макеев В.В., Головки А.Г. Частное право Древнего Рима. - Ростов-н/Д, 2002. - С.

59.

\*\*\*См.: Яровая М.В. Римское частное право: Учебное пособие. - СПб., 2006. - С.В.






Ряд авторов полагает возможным использовать все критерии, указанные нами выше. Например, в одном из современных учебных пособий по теории государства и права перечисляются признаки исследуемых нами областей. К признакам публичного права относятся: ориентация и удовлетворение публичных интересов; одностороннее волеизъявление субъектов права; широкая сфера усмотрения; иерархические отношения субъектов и соответствующая субординация правовых актов и норм; преобладание директивно-обязательных норм; нормативно ориентирующее воздействие; прямое применение санкций, связанных с ограничением использования ресурсов и т.д. К признакам частного права: преобладание диспозитивных норм; равенство субъектов правоотношений; свободное волеизъявление субъектов правоотношений; самоответственность по своим обязательствам и действиям; широкое использование договорной формы регулирования; гарантированная судебная защита; преимущественная ориентация на удовлетворение личных, частных, корпоративных интересов\*.

\*Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х томах / Под ред. М.Н. Марченко. - Т.2. - М., 1998. - С. 258.

# Теории, отрицающие деление права на частное и публичное


Причины, побуждавшие самых разных специалистов отрицать сам факт деления права на публичное и частное многообразны. Так, например, Д.Д. Гримм, Карл Кромэ, критикуя материальные и формальные концепции, приходят к выводу о невозможности решения проблемы. В связи с этим они предлагают оставить поиски критериев, а просто использовать метод перечисления соответствующих отраслей и институтов, если это необходимо в академических целях. Другие авторы, как, например, К.Д. Кавелин, Дюркгейм, Остин, Зом предлагают преодолеть трудности в делении права путем использования других классификаций. Третьи вообще отрицают дуализм права.



Объединяет все указанные выше позиции то, что их авторы не рассматривают деление права на частное и публичное как основополагающее разделение права. Так, профессор Д.Д. Grimm является сторонником определения содержания частного и публичного права по методу перечисления. Автор полагает, что теория различия интересов основывается на совершенно ложном базисе, ведь институты гражданского права есть «институты, представляющие огромный общественный интерес»\*. Далее он подчеркивает, что «всякая попытка теоретического обоснования деления права на публичное и частное должна быть признана «безнадежной». Мы в данном случае имеем дело с исторически сложившейся, удовлетворяющей части практическим целям группировкой институтов, которая с научной точки зрения не имеет самостоятельной ценности и представляется иррациональной, объединяющей разнородные и разъединяющиеся однородные явления»\*\*. Задача исследователей при изложении системы частного права сводится к тому, чтобы, во-первых, перечислить те институты, которые на основании установившейся практики причисляются к частноправовым, и, во-вторых, указать то практическое значение, которое связано с включением соответствующих институтов в эту группу. Таким образом, Д.Д. Grimm признает деление права на частное и публичное, не отрицает определенного практического значения такого деления. Но в его представлении частное и публичное право - это то, которое принято считать таковым, содержательной, смысловой нагрузки такое разделение не имеет.

\*Grimm Д.Д. Указ. соч. - С. 78.

\*\*Там же. - С. 81.



Ю.С. Гамбаров уделял значительное внимание критике материальных и формальных теорий разграничения права на частное и публичное, приводит более или менее веские аргументы, обосновывающие, по его мнению, несостоятельность соответствующих теоретических построений. В итоге он приходит к выводу, что если уж и возникает необходимость использования идеи разграничения права на публичное и частное, то наименее уязвимой является теория инициативы защиты. При этом само деление условно и используется исключительно в образовательных целях\*.

Ряд современных российских исследователей высказывается в том же ключе. Признавая сам факт деления права на частное и публичное, тем не менее, они говорят о бесперспективности поиска критериев разграничения.

\*См.: Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Часть общая. - СПб., 1911. - С. 52-53.



Спасибо за внимание!