

## ВВЕДЕНИЕ

---

Предпринимательство в России – явление многогранное и по своему содержанию далеко выходящее за пределы юридических определений. Появившиеся в конце 19 века в научной литературе отдельные понятия о предпринимательской деятельности, сложились в уникальную ветвь цивилистической науки, получившей уже к 1917 г. название «Предпринимательское право». Сегодня, отмечая 100-летний юбилей этого направления исследований, ставшего признанной юридической наукой, мы можем видеть стоящую перед ней цель. Этой целью видится создание общей концепции гражданско-правового (цивилистического) регулирования предпринимательства.

Для достижения поставленной цели автор исследует существующие правовые подходы к правовому регулированию предпринимательской деятельности, сложившиеся в действующем законодательстве. Даны юридическая, экономическая психологическая и культурная характеристики этой деятельности. Представлены источники и приведены мнения исследователей предпринимательской деятельности, прослежена дискуссия относительно основных понятий предпринимательского права (предпринимательская прибыль, предпринимательский капитал, предпринимательские объединения, предприниматель и др.).

Описаны и сравнены различные модели предпринимательской деятельности, выделены концепции предпринимательского права

и институтов предпринимательского права (разрешение экономических споров, налоговый режим, конкуренция).

Исходя из генезиса дореволюционного и советского законодательства выявлены основные черты правового регулирования свободной экономической деятельности, с которыми Россия подошла к 90-м годам 20 века. Сложившийся в результате исследования образ правового регулирования не был целостным явлением, охваченным чьим-то замыслом, а представлял собой набор частей (статей, глав, институтов) различных нормативно-правовых актов. Тем не менее именно этот набор стал основой и строительным материалом для модели постсоветского предпринимательства и нового экономического порядка — рыночной экономики.

Выявленные черты определили отправные точки и направления для исследования современной политико-правовой модели предпринимательства, поддерживаемой государством. В первую очередь оценке подлежали существующие законодательные подходы и теории, используемые при регулировании предпринимательской деятельности.

Выработанные и сохранившиеся в культуре нравственные оценки предпринимательской деятельности со стороны различных сообществ (социальных групп) обусловили аксиологический срез исследования. Автором рассмотрена система ценностей предпринимателя, основанная на рассмотрении человеком себя как хозяина и как гражданина, как участника личной и совместной предпринимательской деятельности. Результаты ценностного анализа предпринимательских концепций в их соотношении с правовыми ценностями гражданского общества позволили автору сформулировать цели предпринимательской деятельности, определить в их иерархии место такой экономической цели, как «прибыль». Автор критикует экономический подход в рассмотрении предпринимательской деятельности в отечественном законодательстве, отмечает противоречие его выводов сложившемуся культурному пониманию предприимчивости.

Исходя из рассмотрения предпринимательства как составляющей общественно-политического строя государства автором проанализировано предпринимательское (коммерческое, торговое) законодательство ряда государств (Украины, Грузии, США, Германии, Венесуэлы, Японии, Англии, Китая). Определена универсальная модель (структура, матрица) предпринимательского права, проведен сравнительный анализ основных институтов, представлены его результаты.

Рассмотрение «элементарного состава» предпринимательского права, определение его места и роли в государственном устройстве произведены автором для определения предмета специальной государственной деятельности — государственной политики в сфере предпринимательства. Основное внимание в монографии уделено выявлению юридических проблем (помех), подлежащих устранению при реализации гражданско-правового подхода к регулированию предпринимательской деятельности. Автор указывает на перегибы и последствия экономического понимания деятельности предпринимателя, на пассивность и самоустранение юридической науки в принципиальных положениях предпринимательского права.

Предметному анализу подвергнута система государственного управления предпринимательством, функции и полномочия ее элементов. Проведен сравнительный анализ властных полномочий в сфере регулирования свободной экономической деятельности, результаты анализа соотнесены с принципами предпринимательского права и ценностями предпринимательства.

Специальное внимание уделено гражданско-правовым средствам и институтам разрешения предпринимательских споров. Предложены конкретные юридические формы и методы решения выявленных сложностей реализации гражданско-правовой концепции правового регулирования предпринимательской деятельности.

## ГЛАВА 1. ЦИВИЛИСТИЧЕСКАЯ МОДЕЛЬ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В РОССИИ

---

### § 1. Подходы к правовому регулированию предпринимательской деятельности в законодательстве России

Обращение к генезису предпринимательского права в России способствует уяснению места и роли законодательства в решении задач экономических преобразований, осуществляемых в России, как в прошлом, так и в настоящем. Это позволяет реализовать более глубокий и широкий анализ содержательной стороны современного российского предпринимательского права и концепций, лежащих в основе его развития<sup>1</sup>. Рассматривая первые понятия предпринимательского права, мы столкнулись с различными подходами в регулировании предпринимательской деятельности. Обеспечивались эти подходы различными законодательными понятиями и институтами, составившими содержание предпринимательского права. На теоретическом уровне эти разрозненные законодательные положения охватывались общим взглядом, что выражалось в соответствующих концепциях

---

<sup>1</sup> См.: *Надежин Н.Н.* Формирование правовых основ регулирования предпринимательской деятельности в России. Белгород: Кооперативное образование, 2008. С. 3.

предпринимательского права<sup>1</sup>. Кроме того, на понятийный аппарат предпринимательского права оказывает влияние практика предпринимательской (хозяйственной) деятельности, культура отечественного предпринимательства, государственное регулирование.

Современная юридическая литература достаточно часто использует понятие «концепция», что затрудняет поиск тех критериев, которые делают теорию «концептуальной», придавая ей совершенный вид, позволяя использовать ее положения для объяснения действительности и решения насущных задач. Различные концепции предпринимательского права получили широкое обсуждение в современной юридической литературе<sup>2</sup>. Может возникнуть вопрос о приемлемости и актуальности такого теоретического построения, как концепция предпринимательского права. На наш взгляд, несмотря на отсутствие официального признания, концепция предпринимательского права в России сложилась, а ее основные положения отразились в проводимой государственной политике в сфере предпринимательства. Описать ее содержание возможно через исследование существующих предпринимательских понятий, используемых в науке и законодательстве.

Предпринимательская деятельность стала объектом пристального внимания со стороны юридической науки уже в начале 20 века. В работе Л.И. Петражицкого<sup>3</sup> делается подробный анализ психоло-

---

<sup>1</sup> «Концепция» — понятие современной науки, не используемое ранее в юридической литературе 19 — конца 20 века. Однако, исходя из понимания концепции как теории, имеющей законодательное воплощение, мы считаем вправе говорить если не о концепциях в полном смысле, то об определенных концептуальных взглядах на свободную экономическую деятельность в отечественной юридической науке.

<sup>2</sup> См.: *Андреев В.К.* О концепции развития законодательства о предпринимательской деятельности // *Российский судья*. 2010. № 9. С. 20–26; *Баталина М., Московская А., Тарадина Л.* Обзор опыта и концепции социального предпринимательства с учетом возможности его применения в современной России. М.: ВШУ, 2007; *Гришина Я.С.* Перспективы реализации концептуальной модели правового обеспечения российского социального предпринимательства: концепция Федерального закона «О государственных гарантиях развития социального предпринимательства» // *Предпринимательское право. Приложение «Право и Бизнес»*. 2016. № 1. С. 34–39; *Подузова Е.Б.* Содержательные концепции квалификации сделок в предпринимательской сфере: проблемы и противоречия // *Журнал предпринимательского и корпоративного права*. 2016. № 4. С. 45–47.

<sup>3</sup> См.: *Петражицкий Л.И.* *Акции: биржевая игра и теория экономических кризисов*. Т. 1. Об акционерном деле и типических ошибках при оценке шансов неизвестной прибыли. СПб.: Тип. М. Меркушева, 1911.

гических причин предпринимательских отношений в современном ему обществе, в том числе и существующих здесь злоупотреблениях. Для этих целей автор вводит целый ряд новых оригинальных понятий, не известных юриспруденции того времени и не используемых сейчас. Прибыль рассматривается как «шанс», а стремление к нему объясняется «эмоциональным оптимизмом». На наш взгляд, эта изданная в 1911 г. работа Л.И. Петражицкого выступает первой в России попыткой рассмотрения предпринимательского права с точки зрения социальной психологии как определенного типа хозяйственного поведения, ориентированного на сохранение и умножение личного капитала. Учитывая, что труд сопровождается целым рядом выводов экономического, политического, юридического характера, его положения носят концептуальный характер. К сожалению, эта концепция пока еще не нашла своего исследователя со стороны науки предпринимательского права<sup>1</sup>.

В 1917 г. впервые в России Августом Исааковичем Каминкой, учеником профессора Н.Л. Дювернуа, приват-доцентом Петербургского университета по кафедре гражданского и торгового права, одним из лидеров партии кадетов, была представлена теория предпринимательского права. Теория изложена в фундаментальной монографии «Основы предпринимательского права»<sup>2</sup>.

С точки зрения современной теории Основы 1917 г. посвящены лишь одной из тем учебного курса — субъектам предпринимательства (предпринимательских отношений). Монография впервые определяет метод и основные понятия предпринимательского права на примере деятельности тех, кто мог называться «предпринимателями». Работа издается в 1917 г. в год смены политического режима и появления Советской России вместо Российской империи. Вместе с политическим строем принципиально изменился и подход к тем, кого А.И. Каминка рассматривал в своей новой теории, — к предпринимателям.

---

<sup>1</sup> Тем не менее общая теория права обращает внимание к деятельности этого ученого, что оставляет надежду на применение его работ и в отраслевых юридических науках. См., например: *Пяткина С.А.* Петражицкий Л.И. и его эмоционалистская школа в системе правовых идей отечественной юриспруденции. М.: Юрлитинформ, 2000; *Тимошина Е.В.* Как возможна теория права? Эпистемологические основания теории права в интерпретации Л.И. Петражицкого. М.: Юрлитинформ, 2012.

<sup>2</sup> См.: *Каминка А.И.* Основы предпринимательского права. Пг.: Труд, 1917 (далее — Основы 1917 г.).

Основы предлагают нам сложившийся понятийный аппарат, состоящий не только из частных, но уже и из обобщающих понятий<sup>1</sup>. На период написания работы у А.И. Каминки «развязаны руки», единственное законодательное упоминание о «частном предпринимателе» случайно<sup>2</sup>. Однако автор и не ставит целью разработать систему понятий для своей теории, а, как правило, применяет те, что используются в юридической и экономической литературе<sup>3</sup>. По своей начальной методологии предпринимательское право стало применением уже существующих научных понятий юриспруденции и политической экономии к новому предмету исследования — к предпринимателям. А.И. Каминка активно использует в своей работе «предпринимательские» понятия: некоторым он дает определения (предприниматель)<sup>4</sup>, другие же применяет для объединения многочисленных слов и терминов уже существующих, для обозначения того или иного явления в деятельности предприятий, для выделения в них общей черты и придания им общего смысла (предпринимательский строй, предпринимательские объединения, предпринимательская прибыль). О значении некоторых из используемых понятий он дискутирует с другими учеными, отдельные же использует без всяких пояснений. В Основах ревизуется и выверяется используемая на момент написания монографии научная терминология о деятельности предприятий<sup>5</sup>. Однако это не ставится основной целью работы.

---

<sup>1</sup> В частности, таким обобщающим понятием выступает «предпринимательский строй», которым автор определяет сложившийся порядок деятельности предприятий в российской экономике.

<sup>2</sup> Закон от 31 мая 1904 г. № 24669 «Об изменении и дополнении некоторых статей Городового Положения» // Полное собрание законов Российской империи. Собр. 3. Т. 24. С. 575.

<sup>3</sup> Образование понятийного аппарата предпринимательского права произошло за счет привлечения понятий экономической теории или путем добавления к уже существующим юридическим понятиям прилагательного «предпринимательский» в соответствующем роде и падеже.

<sup>4</sup> «Предпринимателем является лицо, которое в целях извлечения прибыли само или через посредство других лиц ведет предприятие за свой счет единолично или в соединении с другими лицами. Извлечение прибыли из своей предпринимательской деятельности составляет основной мотив предпринимателя» (*Каминка А.И. Основы предпринимательского права. С. 73*).

<sup>5</sup> Труд А.И. Каминки не является единственным источником «предпринимательской» терминологии. Совершенно уникальной в этом смысле является работа

Автора увлекает наблюдение за действительностью, за окружающей его бурной экономической жизнью России и Европы и, будучи ученым и человеком широких взглядов, он описывает это в тех понятиях, в которых сам осмысливает происходящее.

Работа А.И. Каминки была издана на смене двух эпох, критерием разделения которых можно назвать и одно из основных понятий предпринимательского права: «капитал»<sup>1</sup>. После 1917 г. это слово получило идеологическое значение, а «предпринимательский строй» А.И. Каминки превратился в «капитализм». В пылу революционных событий труд А.И. Каминки остался незамеченным, и советская юридическая наука, несмотря на идеологические «фильтры», переняла понятия дореволюционного предпринимательского права, а через них приобщила и к первой концепции. Принятие понятий произошло на «практическом уровне», они не стали основой для общей теории «советского предпринимательского права», а разошлись по системе советского законодательства: гражданского, уголовного, хозяйственного, промышленного<sup>2</sup>, торгового<sup>3</sup>. В первом же учебнике по советскому гражданскому праву С.В. Александровского встречаем: «...задачей пролетарского законодательства является установление норм гражданского права ...для создания реальности стимула к развитию хозяйственной энергии и предприимчивости...»<sup>4</sup>

Переход от капиталистического к социалистическому способу ведения хозяйства делал буржуазную теорию А.И. Каминки неприменимой для объяснения роли предпринимателя в государственной экономике СССР. Вместе с тем понятия предпринимательского права, созданные

---

Л.И. Петражицкого «Акции: биржевая игра и теория экономических кризисов» (Т. 1. Об акционерном деле и типических ошибках при оценке шансов неизвестной прибыли. СПб.: Тип. М. Меркушева, 1911). Здесь для обоснования теории используются такие термины, как «предпринимательский оптимизм», «предпринимательское брожение», «пульс предприимчивости» и др.

<sup>1</sup> Одной из первых в России научных работ о предпринимательстве была статья В.Е. Белинского: *Белинский В.Е.* Основной предпринимательский капитал с точки зрения современного акционерного законодательства // Журнал Министерства Юстиции. 1899. № 8. С. 63–102).

<sup>2</sup> См.: *Арефьев Н.А.* Вопросы промышленного права. М., 1925.

<sup>3</sup> Вопросы торгового права и практики: Сб. статей. Л.: Издан. Ленинградской торговой Биржи, 1926.

<sup>4</sup> *Александровский С.В.* Гражданское право РСФСР. Омск, 1922. С. 9.

или развитые дореволюционной наукой, стали востребованы советским законодательством. Единственным «предпринимателем» или «капиталистом» в советской экономике надолго стало государство, а основным понятием советского предпринимательского (хозяйственного) права — государственное предприятие. Теория построения предпринимательских объединений была воспринята руководством СССР для монополизации национальной экономики. Казалось бы, в таких условиях предпринимателю не отводилось место в советском обществе и социалистической экономике. Однако Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. включал право на управление предприятием в состав гражданской правоспособности. Реализация этого права советского гражданина припала на период истории, получивший название «новой экономической политики». В этот период в СССР допускались экономические свободы, развивался частный сектор социалистического производства, частная торговля.

Таким образом, предпринимательское право в начальный период советского государства имела два направления развития: в сторону монополизации экономики посредством государственных предприятий и в сторону создания «частного социалистического хозяйства». В силу идеологических и политических причин приоритетное развитие получил государственный монополизм. Концептуальное юридическое обоснование этого направления оформилось же намного позднее, в 60-х годах 20 века в так называемую «концепцию хозяйственного права»<sup>1</sup>. Так же как положения буржуазной теории А.И. Каминки были приняты советским законодательством, так и положения хозяйственно-правовой теории были использованы для проведения либеральных экономических реформ начала 90-х годов 20 века. Законодателю оставалось лишь вернуть предпринимателя и частное хозяйство (предприятие) в отечественную экономику. Хозяйственное право вернулось к своей дореволюционной основе — стало правом предпринимательским, допускающим возможность лица самостоятельно и беспрепятственно искать денежную прибыль, распоряжаться своим капиталом, быть участником различных форм объединений и проектов, в том числе нацеленных на увеличение капитала. Возникшая уже в советский

---

<sup>1</sup> Доклад Лаптева В.В. «Понятие и система советского хозяйственного права» // Советское государство и право. 1959. № 7. С. 128, 129; *Шишкин С.Н.* Предпринимательно-правовые (хозяйственно-правовые) основы государственного регулирования экономики: Монография. М.: Инфотропик Медиа, 2011.

период теория хозяйственного права<sup>1</sup> привнесла большой вклад в развитие советского законодательства о предприятии и механизмах их объединения, о способах правового управления монополизированной экономикой целого государства. Так, один из идеологов либеральных реформ — экономист Е.Т. Гайдар в своих работах использует понятия хозяйственного права и опирается на основные выводы хозяйственно-правовой теории. «Принципиальное значение для развития всей системы хозяйственного механизма в современных условиях имеет вопрос расширения самостоятельности объединений и предприятий, колхозов и совхозов»<sup>2</sup>. Автор не упоминает о предпринимателях, однако имеет их в виду, исследуя хозяйственную деятельность социалистических предприятий в условиях реформирования. Упоминается «индивидуальный товаропроизводитель», которому дается общая характеристика с социалистическим предприятием, что свойственно экономическому подходу. Новыми принципами экономической деятельности определяются непосредственная заинтересованность в реальных результатах, а также широкие права, высокий уровень материальной ответственности за эффективность хозяйствования<sup>3</sup>. Как мы видим, принципы ориентированы в первую очередь на деятельность предприятий, что свойственно было хозяйственно-правовой теории, не исследовавшей свободную экономическую деятельность человека.

Подход к предпринимателю и предприятию как к различным формам единой экономической деятельности частично отразился<sup>4</sup> и в Законе «О предприятиях и предпринимательской деятельности» 1990 г. Тем не менее Закон отражает новый подход к регулированию предпринимательской деятельности в условиях реформирования социалистической системы хозяйства, перехода к рыночным методам управления экономикой, к частным экономическим свободам. Закон

---

<sup>1</sup> Об этом споре см.: *Матвеев Г.К.* О концепции хозяйственного права // URL: <http://law.edu.ru/doc/docume№t.asp?docID=1129707> (дата обращения: 10.10.2017).

<sup>2</sup> *Гайдар Е.Т., Кошкин В.И.* Хозрасчет и развитие хозяйственной самостоятельности предприятий. М.: Экономика, 1984.

<sup>3</sup> См.: *Гайдар Е.Т.* Экономические реформы и иерархические структуры / Отв. ред. С.С. Шаталин. М.: Наука, 1990.

<sup>4</sup> При этом переведенный на юридический язык этот экономический подход к субъектам хозяйствования сразу показал свою уязвимость. Предприятие рассматривается и как хозяйствующий субъект, и как то, чем может управлять лицо, нанятое собственником.

вводит в юридический оборот много новых «предпринимательских» понятий, в том числе и понятие «предпринимательской деятельности», отменена ведущая роль государственного предприятия в экономике. В отношении свободной экономической деятельности гражданина видна преемственность с советским законодательством об индивидуальной трудовой деятельности граждан.

Вместе с тем концепция Закона 1990 г. не учитывала положения цивилистической традиции. «Камнем преткновения» стало предприятие. В гражданском законодательстве «предприятие» до настоящего времени рассматривается как имущество, либо через «фикцию» юридического лица, но не как обладатель гражданской правосубъектности. При установленной гражданским законодательством системе юридических лиц «предприятие» не находит себе места, теряется<sup>1</sup> в правоотношениях, не востребовано юридической практикой. Без первоочередной же значимости «предприятия» возродившаяся из теории хозяйственного права концепция Закона 1990 г. не могла претендовать на полноту и объективность. Без положений цивилистической традиции не мог быть найден и новый подход к частному предпринимателю. В 1991 г. принимаются Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г., где в ст. 9<sup>2</sup> в качестве элемента гражданской правоспособности закреплялось право гражданина «заниматься предпринимательской и любой иной не запрещенной законодательными актами деятельностью». Впрочем, на этом «предпринимательская» тематика заканчивается.

Принятие Закона 1990 г. и Основ 1991 г., ставших основой для выстраивания системы законодательства о предпринимательской деятельности, введение в оборот новых предпринимательских, юридических и экономических понятий, дало толчок для разработки авторских концепций предпринимательского права. С начала 90-х годов 20 века начинают появляться издания, в том числе и переводного характера, посвященные предпринимательству. Первой в этой сфере стала вышедшая в переводе В.С. Загашвили в период 1991–1992 гг.

---

<sup>1</sup> Видны «несуразности» использования понятия «предприятие». Это и общая организационно-правовая форма, и объект собственности, и коллективная форма предпринимательства. В результате предприятие так и не получает своего юридического понятия, используется в законе в различных противоречивых сочетаниях.

<sup>2</sup> Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик: новые законы о предпринимательстве / Сост. В.В. Жданович и др. М.: Де-юре, 1991.