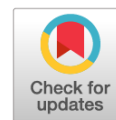


«Предпринимательское право» — от фикции к реальной отрасли права



Аистова Л.С.,

кандидат юридических наук,
доцент кафедры уголовно-правовой охраны экономических отношений
Санкт-Петербургского государственного экономического университета
E-mail: zefir2005@mail.ru

Аннотация. Статья посвящена проблемным вопросам развития рыночной экономики в стране. Раскрывается сущность предпринимательской деятельности, ее виды, ставится вопрос о необходимости разработки и принятия предпринимательского кодекса. Через критический анализ курсов предпринимательского права и торгового права, читаемых в учебных заведениях страны, автор предлагает свое видение предпринимательского кодекса.

Ключевые слова: предпринимательское право, рыночная экономика, правовые отношения, субъективные права, юридические обязанности, предпринимательский кодекс.

В современной российской рыночной экономике можно четко определить два периода ее становления и развития. Первый — с конца 80-х — начала 90-х гг. и до конца XX в. — период полного невмешательства государства в экономику, за исключением проведения политики приватизации объектов государственной собственности.

Второй период — с конца XX в. (точнее с 1999 г.) и по настоящее время (2016 г.) — период государственного регулирования экономики и строительства объектов государственной собственности.

Первый период закончился провалом в экономике. Надежда на постулат, что «рынок сам отрегулирует все вопросы», оказалась несостоятельной, что привело к полному развалу экономики, потере целых отраслей производства: станкостроения, судостроения, отраслей легкой промышленности; к массовой безработице и другим опасным социальным последствиям.

Не последнюю роль в этом сыграли и ошибочное толкование понятия «рынок», и поспешно принятое непродуманное законодательство.

Так, Законом РСФСР от 28 февраля 1991 г. «О действии на территории РСФСР Закона СССР от 31 октября 1990 года “Об усилении ответственности за спекуляцию, незаконную торговую деятельность и злоупотребления в торговле”»¹ была легализована спекуляция. Одно из опаснейших для социалистической экономики преступлений, с которым советская власть вела непрерывную войну на протяжении всех лет своего существования, — спекуляция превратилась в один из инструментов ускоренного развития рыночной экономики.

Закон, состоящий всего из одной статьи, гласящей «Статья 1. Исключить из Уголовного Кодекса РСФСР ст.154 и 156³», не содержал ни преамбулы, ни каких-либо вводных положений о причине легализации спекуляции. Принятием

данного закона рыночной экономике придавался спекулятивный характер.

Следует обратить внимание на даты, указанные в законе. 31 октября 1990 г. агонизирующая советская власть принимает последние меры для спасения экономики и защиты интересов населения, но уже 28 февраля 1991 г., пришедшая ей на смену власть, рассматривает спекуляцию как признак рыночной экономики, предпринимательской деятельности, что не вполне соответствует действительности, и о чем свидетельствует развитие всей мировой экономики.

Как справедливо отмечает А.В. Бусыгин в своем авторском курсе «Предпринимательство»: «Мы, видимо, пошли по азиатскому пути развития предпринимательства — когда между производителем и потребителем находится до 40 (сорока!) посредников. Нужны, конечно же посредники, но через посредничество благополучия не создать и дефицита не преодолеть»².

Спекулятивный характер экономики сохраняется и по настоящее время.

В стране под лозунгами либерализации экономики возродился капитализм в его самой жестокой форме — господства олигархов, характеристика которого дается

И.В. Дойниковым: «Во-первых, российский капитализм — капитализм непроизводительный, торгово-ростовщический. Основной источник доходов новоявленных российских капиталистов — не прибыль от производственной деятельности, а прибыль от коммерческих и финансовых спекуляций. Поэтому господствующей формой эксплуатации трудящихся в современной России не промышленная эксплуатация, описанная К. Марксом, а более изощренная и завуалированная торгово-ростовщическая эксплуатация с помощью механизма цен, кредита, финансовых махинаций.

Во-вторых, российский капитализм — капитализм олигархический. Основная часть богат-

¹ Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 9. Ст. 204.

² Бусыгин А.В. Предпринимательство. Основной курс: учебник для вузов. М., 1997. С. 67.

ства страны, соответственно, основная масса доходов попала в руки кучки крупных финансовых воротил.

В-третьих, российский капитализм — капитализм криминальный и полукриминальный. Значительная часть народного богатства находится под контролем криминальных и полукриминальных структур.

В-четвертых, российский капитализм — капитализм компрадорский. Экономика все в большей мере попадает в прямую или косвенную зависимость от иностранного капитала и функционирует в интересах крупных империалистических государств и транснациональных корпораций.

Сложившийся в стране экономический уклад скорее относится не к рыночной экономике, а тому ее типу, который охарактеризован еще Аристотелем как «Хрематистика» — «... искусство накапливать состояние, искусство наживать состояние, поскольку оно скапливается в торговой деятельности, так как целью здесь оказывается беспредельное богатство и обладание деньгами, стремление увеличить свои капиталы до бесконечности. Хрематистика ведется не ради потребления, а ради накопления богатств»³.

Экономическим источником становления и развития хрематистики является колониально-сырьевой хозяйственный уклад, теневая экономика современного общества⁴.

Образно говоря, страна была отброшена по отношению к экономике на 200–300 лет назад, к периоду первоначального накопления капитала. Экономика того периода в странах Западной Европы, особенно во Франции, развивалась под воздействием так называемых манчестерских принципов — «laissez faire, laissez passer» («пусть идет своим чередом»). Согласно им не признавалось какое-либо вмешательство государства в развитие экономики, в предпринимательскую деятельность.

Курс на либерализацию экономики прервался к концу 90-х гг. с началом политики все более активного вмешательства государства в дела экономики под влиянием назревших кризисных социально-политических и экономических проблем, под угрозой потери государственного суверенитета и ослабления национальной безопасности.

Этот период, который продолжается и по настоящее время, характеризуется бурным законодательным процессом, направленным на регулирование общественных отношений в современных условиях, и кодификацией законодательства.

Так, сравнительно за небольшой период времени были приняты: Воздушный кодекс РФ 1997 г., Земельный кодекс РФ 2001 г., Лесной ко-

декс РФ 2006 г., Водный кодекс РФ 2006 г., Трудовой кодекс РФ 2001 г.

21 декабря 2013 г. была принята новая редакция Гражданского кодекса РФ, которая существенно образом и по объему, и по содержанию отличается от Гражданского кодекса РФ редакции 1994 г. Так, для сравнения, последний содержал всего 453 статьи, а новый кодекс содержит 1551 статью, что свидетельствует о том, насколько государство продвинулось вперед по регулированию проблем гражданского оборота.

Однако, наиболее востребованный кодекс, регулирующий общественные отношения в сфере предпринимательства, не принят и по настоящее время, хотя в Указе Президента РФ от 29 апреля 1994 г. № 848 «Об исследовательской программе «Пути и формы укрепления российского государства» ставился вопрос о необходимости разработки предпринимательского кодекса. В соответствии с этой программой и были приняты вышеуказанные кодексы, наряду с уголовным и уголовно-процессуальным.

Неизвестно, ведется ли какая-либо официальная работа над разработкой нового для России кодекса. В ходе заседания «Круглого» стола журнала «Государство и право» в 1999 г. на тему «Современное состояние российского законодательства и его систематизация» вопрос о предпринимательском праве даже и не поднимался. Наоборот, подчеркивалось, что «переход к рынку сопровождается укреплением интеграции правового регулирования, как следствие возрождения в теории и практике законодательства идеи публичного и частного права. Наиболее характерным примером служит широкая трактовка в ГК РФ круга отношений, регулируемых гражданским законодательством, и тем самым попытка представить ГК как хартию частного права»⁵. Новая редакция гражданского кодекса является подтверждением этому, что исключило возможность срочной разработки предпринимательского кодекса.

Вместо предпринимательского кодекса в высших и средних учебных заведениях страны были разработаны учебные курсы предпринимательского права и коммерческого права, как учебных дисциплин.

Появление коммерческого права получило неоднозначную оценку ученых по следующим причинам.

Во-первых, понятия «коммерция» и «предпринимательство» не синонимы. Коммерция значительно сужает границы предпринимательства. В отличие от коммерции предпринимательство — это, прежде всего, расширенное воспроизводство, и понятие «предприниматель» шире понятия «коммерсант», ибо предпринимательской дея-

³ Российское предпринимательское (хозяйственное) право: учеб. пособие для вузов. Воронеж, 2011. С. 33.

⁴ См.: Дойников И.В. Актуальные проблемы предпринимательского (хозяйственного) права. Воронеж, 2012. С. 50–60, 73.

⁵ Государство и право. 1999. № 2. С. 24.

тельностью могут заниматься не только коммерческие, но и некоммерческие организации⁶.

Во-вторых, относительно термина «коммерческое право» отмечается невнятность определения его содержания и неудачное его использование⁷.

В-третьих, курс основан на субъективном подходе авторов к оценке некоторых положений гражданского права при отсутствии каких-либо законодательных положений относительно коммерческого права и понятия «коммерция».

И последнее, наличие коммерческого права не исключает отдельного предпринимательского кодекса и предпринимательского права.

Что касается курса предпринимательского права как учебной дисциплины, то к настоящему времени практически большинство ведущих вузов страны разработали свои собственные курсы предпринимательского права со своим собственным содержанием при отсутствии в них постановки проблемных вопросов.

За основу определения предмета правового регулирования взяты правовые отношения, вытекающие из понятия «предпринимательская деятельность», данного в ст. 2 Гражданского кодекса РФ, при отсутствии критического анализа ее положений — отсутствие указания на профессиональный характер деятельности и потребительский характер самой деятельности.

Но камнем преткновения оказалось определение сущности предпринимательской деятельности, взаимосвязь бизнеса с государством. Еще на первоначальном этапе развития рыночной экономики А.В. Быков отмечал: «Современные условия диктуют необходимость не торгового, а предпринимательского права, которое может и должно формироваться на базе идей торгового права, но обязательно преодолевать узкие параметры торгового права как частного права, привести в свое содержание элементы, присущие не только и не сколько частному, сколько публичному порядку, обеспечивающие государственное регулирование частноправовых отношений с учетом публично-правовых отношений, их реализации через частноправовые отношения и защиты публичных интересов в указанных правоотношениях»⁸.

Автором выдвигается идея «дуализма» рыночной экономики, заключающейся в существовании государственного и частного предпринимательства при условии их интеграции в единое целое, в единую отрасль права — предпринима-

тельское право. По мнению автора, оно «регулирует не частноправовые гражданские, а предпринимательские отношения, специфика которых в том, что они либо не частноправовые (в традиционном понимании) при государственном предпринимательстве, либо частноправовые, но с включением элементов публично-правовых норм при частном предпринимательстве»⁹.

Истории права известен «дуализм» гражданского и торгового права, при котором торговое право является подотраслью гражданского права, но дуализм внутри отдельной отрасли права практически невозможен, речь может идти только о самостоятельных отраслях права.

Точку зрения автора можно объяснить только стремительным переходом страны к рыночной экономике, отсутствием научных исследований путей развития экономики в сложившихся условиях и полным игнорированием опыта правового регулирования рыночной экономики в США, в развитых странах Западной Европы и царской России.

Указанная точка зрения автора не имела единой поддержки, и предпринимательское право получило развитие по двум направлениям: собственно предпринимательское право и предпринимательское (хозяйственное) право.

Сторонник первого направления С.Э. Жалинский под предпринимательским правом понимает «систему юридических норм, регулирующих общественные отношения, где одной стороной или обеими сторонами является предприниматель»¹⁰. По поводу признания коммерческого права в качестве отдельной отрасли права автор отмечает: «Думается выделение коммерческого права в качестве самостоятельной отрасли права лишено сколько-нибудь убедительных доводов. «Коммерция» в переводе на русский язык означает торговлю. Ничего иного как регулирование общественных отношений по торговле товарами не может означать торговое право»¹¹.

Вместе с тем автор поддерживает точку зрения ученых, выступающих против разработки и принятия самостоятельного предпринимательского кодекса, полагающих, что гражданское право вместе с другими уже сложившимися отраслями права способно в полной мере обслуживать предпринимательский сектор экономики, в свою очередь, указывая на то, что: «Нормы, регулирующие предпринимательство в его существенном проявлении — деятельность по систематическому получению прибыли, органично слиты с гражданским правом, неотделимы от него»¹².

⁶ См.: Иванов А.В. О соотношении понятий «коммерция» и «предпринимательство» в сфере строительства // Юрист. 2001. № 5. С. 32.

⁷ См.: Предпринимательское (хозяйственное) право: учебник: в 2 т. / отв. ред. О.Ш. Олейник. Т. 1. М., 2003. С. 39.

⁸ Быков Л.В. Предпринимательское право: проблемы формирования и развития // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 1993. № 6. С. 4.

⁹ Там же. С. 7.

¹⁰ Жалинский С.Э. Предпринимательское право (правовые основы предпринимательской деятельности). М., 2007. С. 111.

¹¹ Там же. С. 113.

¹² Там же. С. 110.

Сторонники второго направления: Л.В. Быков, И.В. Дойников, В.С. Белых, Е.П. Губин, П.Г. Лахно, В.В. Лаптев, О. Олейник и др.

Как отмечает О. Олейник, за основу указанного направления были взяты взгляды В.С. Мартемьянова, который считал, что предпринимательское (хозяйственное) право — отрасль права, представляющая собой совокупность норм, регулирующих предпринимательские отношения и тесно связанные с ним иные, в том числе некоммерческие отношения, а также отношения по государственному регулированию экономики в целом и обеспечению интересов государства и общества¹³.

Из приведенного положения следует, во-первых, что понятия «предпринимательская» и «хозяйственная» деятельность выступают в качестве синонимов. При изложении учебного материала его последователи по тексту используют, то один термин, то другой, что вносит путаницу в осознание рассматриваемых проблем, так как многие не согласны с таким толкованием терминов.

Во-вторых, неперенным признаком так понимаемого предпринимательского права является регулирование экономики со стороны государства.

Сторонники второго направления возвели государственное регулирование экономики в принцип предпринимательского права. Но, как нам представляется, государственное регулирование экономики не может быть признано принципом права, по той причине, что оно является одним из направлений осуществления государством своей внутренней функции — экономической.

В современной трактовке специалистов по теории государства и права «экономическая функция призвана обеспечить нормальное функционирование и развитие экономики, в том числе путем государственной поддержки направлений экономического развития, установления рыночных механизмов, совместимых с государственным регулированием»¹⁴.

Экономическая функция государства, как и все другие, осуществляется посредством издания нормативных актов исполнительно-распорядительных органов государственной власти. В своей совокупности эти акты относятся к нормативным актам административного права и под принципом государственного регулирования экономики можно рассмотреть завуалированный возврат к командно-административной системе управления экономикой, от которой Россия столь стремительно уже отказалась раньше.

В условиях рыночной экономики, развития предпринимательства, как указывает известный русский юрист А.И. Каминка (1865–1941), «задача государства, вместе с тем позаботиться, чтобы

предприниматели не извлекли из своей деятельности больше прибыли, нежели та, на которую при данных условиях народного хозяйства имеют внутренние основания претендовать»¹⁵.

Появление в стране за столь непродолжительный период времени армии олигархов свидетельствует о том, что государство с этой задачей не справилось.

Относительно тождества предпринимательской и хозяйственной деятельности, то одни ученые восприняли идею В.С. Мартемьянова безоговорочно, как, например, И.В. Дойников, который пишет, что «предпринимательское право может быть определено как совокупность юридических норм, регулирующих хозяйственные отношения. Предпринимательское право представляет собой совокупность юридических норм, регулирующих предпринимательские отношения и тесно связанные с ним иные, в том числе некоммерческие отношения, а также отношения по государственному регулированию народного хозяйства в обеспечении интересов государства и общества»¹⁶.

Другие авторы расширили пределы предпринимательского права за счет сочетания в нем норм частного и публичного права. Так, авторы учебника Лахно и Губин по этому поводу пишут: «Наша же идея состоит в том, что современные условия диктуют необходимость формирования не торгового, а российского предпринимательского права, которое может и должно формироваться хотя бы на базе идей торгового права, но обязательно преодолевать узкие параметры торгового права как частного права, привнести в свое содержание социальные элементы, присущие не только и не сколько частному праву, сколько и публичному порядку, обеспечивающее государственное регулирование частнопубличных отношений с учетом публично-правовых интересов в указанных правоотношениях»¹⁷.

При таком подходе размываются границы между частным и публичным правом, которые четко определились более чем за двухтысячелетнюю историю существования системы права в странах Западной Европы, предмет правового регулирования с точностью здесь трудно определить.

Еще более радикальную позицию по определению предпринимательского права занимает О.А. Кудинов: «Предпринимательское право включает нормы разных отраслей права: конституционного, гражданского, трудового, административного, уголовного, налогового и др. Таким образом, предпринимательское право является совокупностью норм, регулирующих предпри-

¹³ См.: Предпринимательское (хозяйственное) право: учебник: в 2 т. / отв. ред. О.Ш. Олейник. Т. 1. С. 3.

¹⁴ Поляков А.В. Общая теория права: курс лекций. СПб., 2001. С. 375–376.

¹⁵ Каминка А.И. Основы предпринимательского права. Петроград, 1916. С. 13.

¹⁶ Дойников И.В. Предпринимательское (хозяйственное) право: учеб.-метод. пособие. М., 1999. С. 5.

¹⁷ Предпринимательское право в рыночной экономике: учебник / под ред. Е.Н. Губина, П.Г. Лахно. М., 2005. С. 39.

нимательские отношения, а также отношения по государственному регулированию хозяйствования в целях обеспечения интересов государства и общества»¹⁸. (Непонятно какая роль и в каком объеме уготована уголовному праву в предпринимательском праве?)

По своему объему и содержанию такую отрасль права трудно даже представить в воображении.

Приведенные примеры, а их можно продолжить, свидетельствуют о том, что даже при общем подходе по поводу предпринимательского-хозяйственного права, у авторов нет единого мнения в определении сущности предпринимательского права как самостоятельной отрасли права

Относительно отождествления хозяйственного права с предпринимательским следует согласиться с высказыванием С.Э. Жалинского. «Иногда к решению вопроса предпринимательского и хозяйственного права привлекаются непонятно что означающие скобки, и тогда ситуация выглядит так «хозяйственное (предпринимательское) право, «предпринимательское (хозяйственное) право», а в учебниках по предпринимательскому праву анализируются хозяйственные правоотношения. Оперирование хозяйственным правом сохранилось как рудимент от прежних лет и вносит лишнюю путаницу в регулирование общественных отношений и организацию обучения управленческих кадров»¹⁹.

Казалось бы неразрешимая для исследователей предпринимательского права проблема сочетания в одном кодексе, в одной отрасли права интересов частных лиц, предпринимателей и интересов государства, публичной власти, российским правом была преодолена с принятием земельного, трудового, водного, воздушного лесного кодексов. В них регулируются общественные отношения, субъектами которых выступают как частные лица (предприниматели), так и органы государства, однако это не встретило понимания со стороны представителей предпринимательского права. Однако все проблемы, вызвавшие трудности у представителей предпринимательского права, например, в Лесном кодексе РФ разрешены ст. 3 «Отношения, регулируемые лесным законодательством», где говорится: *«Имущественные отношения, связанные с оборотом лесных участков, лесных насаждений и иных добытых лесных ресурсов, регулируются гражданским законодательством, а также Земельным кодексом Российской Федерации, если иное не установлено настоящим Кодексом, другими федеральными законами»*.

Данное положение следует принять за постулат при разработке проблем предпринимательского права и предпринимательского кодекса.

На тех научных позициях, которые занимают вышеуказанные авторы и другие, эти проблемы не разрешимы и порождают только новые (так, предлагается рассматривать предпринимательское право как комплексную отрасль права с тенденцией перерастания в основную отрасль, как *отрасль права второго уровня, сочетающую в себе признаки методов ряда базовых отраслей*)²⁰.

Учебные пособия и учебники переиздаются периодически, научные статьи также публикуются, а проблемы остаются неразрешенными, что начинают осознавать и сами сторонники предпринимательского (хозяйственного) права.

И.В. Дойников признает, что: «Изучение правового регулирования в российских юридических вузах не имеет единого тематического плана, единой методики изложения курса и характеризуется отсутствием четкого понимания в определении границ данного учебного курса, материал которого в значительной степени дублируется в частном праве курсами гражданского, международного частного права, коммерческого и трудового, а в публичном — курсами налогового, административного и таможенного права. Нет общепринятой концептуальной основы учебного курса предпринимательского права»²¹. Автор предлагает существующие учебные материалы называть авторскими курсами, не задаваясь вопросом правомерности такого решения. Во-первых, авторские курсы, как представляется, должны содержать в себе изложение проблемных вопросов, предлагать их разрешение. В представленной литературе имеют место только комментарии к положениям ст. 2 ГК РФ без их необходимого критического анализа и выдвижения новых научных идей и положений.

Во-вторых, авторские курсы предпринимательского права с чисто субъективным подходом к подбору материала (ни один авторский курс не повторяет другого) не дают возможности обучаемым сформировать целостное представление о предпринимательском праве в масштабе всей страны.

Авторские курсы предпринимательского права можно рассматривать с некоторой долей условности в качестве юридической фикции (в значении предположения какого-либо факта или качества, противоречащего нередко действительности, но рассчитанного на то, что оно способно произвести известные юридические последствия)²².

В качестве примера можно привести содержание курса предпринимательского (хозяйственного) права В.В. Лаптева и С.С. Занковского²³, по которо-

¹⁸ Кудинов А.О. Предпринимательское (хозяйственное) право: учеб. пособие. М., 2009. С. 10–11.

¹⁹ Жалинский С.Э. Указ. соч. С. 115.

²⁰ См.: Предпринимательское (хозяйственное) право / под ред. В.В. Лаптева, С.С. Занковского. М., 2006. С. 7.

²¹ Дойников И.В. Актуальные проблемы предпринимательского (хозяйственного) права. С. 101.

²² См.: Панько К.К. Фикция в уголовном праве. Воронеж, 1999. С. 23.

²³ См.: Коршунов Н.М., Ириашвили И.Д. Предпринимательское право. М., 2007. С. 25.

му нетрудно определить, что только часть вопросов составляет, собственно, предпринимательское право, но более значительная часть из них относится к гражданскому и налоговому праву.

В то же время юридические фикции имеют широкое развитие в гражданском праве, где фикцию рассматривают как прием юридической техники, справедливо относят к числу нормативных правовых проявлений, поскольку она обеспечивает движение механизма правового регулирования в тех случаях, когда другие правовые средства бессильны²⁴. Например, гражданский оборот был бы невозможен без такого понятия, как «юридическое лицо», представляющее собой фикцию.

В опубликованных работах по предпринимательскому праву наиболее очевидно прослеживается полное забвение такого принципа историзма (одного из основополагающих принципов марксизма), не поднимается и не исследуется история вопроса, игнорируются научные труды и законодательство западноевропейских стран и дореволюционной России. При рассмотрении проблем предпринимательства не поднимается вопрос о личности предпринимателя, именно благодаря деятельности которого возникло и стало развиваться предпринимательство.

Как отмечает известный русский юрист А.И. Каминка: «В хозяйственном строе, основанном на принципе частной инициативы, предприниматель является той центральной фигурой, энергией, находчивостью, способностям которой в значительной степени обуславливается благосостояние страны. Нужна деятельность индивидуумов в личных своих интересах, стремящихся к созданию цветущих предприятий, широкое развитие предпринимательского строя, т.е. торгово-промышленной жизни, что находится в прямой зависимости от степени развития в стране индивидуальной энергии. Все, что содействует ее подъему, вместе с тем оказывает прямое влияние и на развитие торгово-промышленной деятельности, на рост народного благосостояния. Поэтому своим возникновением капиталистический строй обязан в значительной мере энергичной деятельности отдельных более сильных личностей»²⁵. Роль таких личностей в возникновении и развитии капитализма была исследована одним из основоположников социологии Максом Вебером (1864–1920 гг.) в его классическом труде «Протестантская этика и дух капитализма» (опубликованном в 1905 г. на Западе, в России — в 1990 г.)

Капитализм вышел из недр феодализма, экономика которого характеризовалась хозяйственной деятельностью ремесленников, цеховиков, посредников и активных участников торгового обмена — купцов. Деятельность наиболее пред-

приимчивых из них носила настолько активный характер, что позволила определить их как *entrepreneur*, нацеленный на дальнейшее развитие своего дела.

Сущность предпринимательской деятельности именно в современном ее понимании была впервые определена английским экономистом Ричардом Катильоном (1680–1734 гг.). Его единственный труд был опубликован в 1755 г., двадцать лет спустя после смерти автора, до его издания ходивший в рукописных очерках, получивших широкую известность, как в Англии, так и во Франции.

Это «Очерк о природе торговли вообще», в котором главной фигурой в торговой деятельности он считает предпринимателя, а деятельность, которой тот занимается, признается предпринимательской, она развивается параллельно с хозяйственной деятельностью других участников торгового оборота, не являющихся предпринимателями.

Капитализм возник как торгово-промышленный, первыми предпринимателями были купцы, которые через торгово-промышленные дома, зачастую носившие семейный характер, организовывали промышленное производство, посредством которого обеспечивался постоянный источник получения прибыли.

«Предпринимателем называется то лицо, которое в целях извлечения прибыли само или через посредство других лиц ведет предприятие за свой счет, причем оно может вести его или единолично или в соединении с другими лицами. Предприниматель стремится к извлечению из предприятия известной прибыли, в этих целях известным образом направляет его, неся на себе риск в случае неудачи, и, наоборот, извлекая в свою пользу всю прибыль, которая считается за покрытие всех расходов по предприятию. Извлечение прибыли из всей предпринимательской деятельности составляет основной мотив деятельности.

Необходимо таким образом признать, что элемент спекулятивного стремления к прибыли является чрезвычайно существенным для понимания отношений, которые создаются деятельностью предпринимателей.

Правильно осуществлять с известным риском, связанным с антицепцией (предвосхищением — *прим. авт.*) спроса, с производством товаров в расчете на будущий спрос с затратой с этой целью известного капитала. Предпринимательская деятельность — это деятельность на будущий спрос. Преследуя цель извлечения из предприятия прибыли, предприниматель очевидно должен позаботиться о том, чтобы предприятие дало прибыль и чтобы он имел право ее себе присвоить»²⁶.

²⁴ См.: Кузнецова. О.А. Функции в гражданском праве // Цивилистические записки: межвуз. сб. науч. тр. Вып. 4. М., 2005. С. 318.

²⁵ Каминка А.И. Указ. соч. С. 3.

²⁶ Там же. С. 73–75.

Правовое закрепление предпринимательской деятельности получила в Гражданском кодексе Наполеона 1804 г., который по образному выражению известного французского писателя Виктора Гюго (1802–1885 гг.) являлся библией для французского буржуа.

Однако в нашей литературе и по настоящее время можно встретить полное непонимание сущности предпринимательской деятельности. «Законодательное определение предпринимательской деятельности, данное в п. 1 ст. 2 ГК РФ, является неполным и в настоящее время не отражает надлежащим образом публичные интересы и частные потребности граждан, организаций, общества и государства в сфере предпринимательской деятельности и уже не соответствует современным рыночным отношениям. В данном определении предпринимательской деятельности значение прибыли гиперболизировано, так как другие цели предпринимательской деятельности в законе вообще не названы. В то время как предпринимательская деятельность является конструктивной созидательной деятельностью, создающей материальные блага и другие ценности, и направлена не только на получение прибыли, но и на определенные общественно полезные цели, которые могут быть достигнуты путем экономической деятельности. Отсутствие в легальном определении указания на общественно полезные цели и публичные интересы, следует рассматривать как существенный законодательный пробел. Экономическая сущность предпринимательской деятельности не должна подменяться целью извлечения прибыли, поскольку такой подход не учитывает новаторского, инновационного характера предпринимательской деятельности»²⁷.

Но предприниматель извлекает прибыль из своей деятельности, именно благодаря новаторскому, инновационному характеру своей деятельности, эта деятельность носит общественно полезный характер, и поддерживается государством.

Предпринимательскому праву гражданское право оказалось тесным, оно не укладывалось в пределы гражданско-правового регулирования, и уже в 1807 г. в той же Франции был принят Торговый кодекс. Далее, по мере экономического развития торговые кодексы были приняты в развитых капиталистических странах: Торговое Уложение ФРГ — 1897 г.; Японии — 1899 г.; Единообразный торговый кодекс США — 1962 г. Торговые кодексы имеют республики Чехия и Словакия.

Что из себя представляет торговое право, показано в трудах другого видного русского ученого

Г.Ф. Шершеневича (1863–1912) в его работе «Торговое право», в которой была разрешена проблема публичного и частного права в торговом праве, неподъемная для современных исследователей предпринимательского права, и дано определение торговому частному праву. Г.Ф. Шершеневич писал:

«Порождая известные отношения между государством и лицами, посвящающими свою деятельность торговле, последняя дает почву для *публичного торгового права*.

Таковы нормы, которые определяют положение торговцев, как одного из государственных сословий, и составляют *государственное торговое право*, например, положения о праве купцов на мундир, шпагу, на проезд ко двору, на звание коммерции и мануфактур-советников. Если нормы направлены на принятие мер, содействующих поднятию и развитию торговой промышленности, то они входят в полицию благосостояния, как *административное торговое право*. Таковы законы, нормирующие деятельность банков, бирж, ярмарок. Нередко на почве торговли создаются явления, вредные для общественной жизни, и законодатель угрожает наказанием за проступки, связанные с торговлей, как напр., за фальсификацию товаров, за искусственное поднятие цены, за нарушение доверия, оказанного приказчику. Здесь создается *уголовное торговое право*»²⁸.

Далее продолжая свою мысль, автор указывает: «Наконец, внутри государства между частными лицами возникают многочисленные и сложные отношения, вызывающие существование *частного торгового права* или торгового права в тесном смысле этого выражения. Под этим именем в настоящее время общепринято понимать *специальную часть гражданского права*, которая, в противоположность всем иным видам торгового права, стремится обособиться в научном и законодательном отношении»²⁹.

О хозяйственном праве здесь речи и не могло быть, так как царское правительство и его органы никаким видом экономической деятельности не занимались.

Хозяйственная и предпринимательская деятельность существуют как два вида экономической деятельности в условиях РФ, где существуют государственная собственность, государственные объединения, государственные корпорации и они осуществляют хозяйственную деятельность, регулируемую частично нормами административного права, частично — гражданского права. Предпринимательской деятельностью занимаются предприниматели.

Хозяйственная и предпринимательская деятельность — это два вида экономической деятельности, которые можно представить в виде

²⁷ Кравец Ю.П. Пробелы в уголовно правовом регулировании отношений в сфере предпринимательской деятельности // Пробелы в российском законодательстве. 2011. № 6. С. 170–171.

²⁸ Шершеневич Г.Ф. Торговое право. М., 1990. С. 27.

²⁹ Там же.

двух параллельных прямых, которые не пересекаются в пространстве по причине разных источников финансирования: предпринимательская — за счет прибыли, получаемой от деятельности предпринимателя; хозяйственная — за счет средств из государственного бюджета. Исключением являются случаи заключения договоров о коммерческом партнерстве с государством. В деятельности отдельного предприятия они могут переплетаться. Например, танковый завод получает государственный заказ — это хозяйственная деятельность, он же участвует в международной выставке, где предлагает продукцию своего собственного изготовления и выпущенную на собственные средства — предпринимательская деятельность. Здесь явно проявляются разные источники финансирования.

Предлагаемая концепция предпринимательского (хозяйственного) права создает почву для хищений государственных средств (а счет идет на миллиарды и миллионы рублей), где хищения скрываются под видом предпринимательского риска.

В то же время в зарубежном праве разработаны курсы экономического права и аналогичные ему. Так, например, канадские юристы под термином «Business Law», а именно, его используют для обозначения того, что мы считаем предпринимательским правом, понимают совокупность норм, регулирующих договорные правоотношения, формы предпринимательских организаций, право найма рабочей силы, торговое право и его ограничения³⁰. Здесь явно проявляются отличия от норм гражданского права.

Исходя из изложенного, мы можем предложить собственную концепцию предпринимательского права и модельный вариант предпринимательского кодекса, взяв за основу новации вышеупомянутого Лесного кодекса РФ.

Предпринимательское право является подотраслью гражданского права. Оно регулирует правовые отношения гражданского оборота (имущественные), не охватываемые Гражданским кодексом РФ. С целью их конкретизации, упорядочения и с тем, чтобы избежать пробелов в правовом регулировании, необходим предпринимательский кодекс. Он должен включать в себя общую и особенную часть. В общей части должны быть определены правовые отношения, регулируемые данным кодексом, уточнено понятие предпринимательской деятельности, признаки предпринимательской деятельности и виды предпринимательской деятельности.

Авторы курсов предпринимательского права не раскрывают сущности предпринимательских отношений. Предпринимательские отношения определяются либо просто как предпринимательские отношения, т.е. отношения, образующиеся в процессе осуществления предпринимательской деятельности между субъектами³¹, либо как общественные отношения в сфере предпринимательской деятельности, а также тесно связанные с ними некоммерческие отношения, в том числе по государственному регулированию рыночной экономики³². Не дается характеристика субъектов этих отношений, редко говорится об их правах и обязанностях.

Остался обойденным также важнейший постулат правовых отношений: нет прав без обязанностей, а обязанностей без прав. Российский предприниматель оказался исключительной фигурой в праве: он имеет только права и не несет никаких обязанностей, вытекающих из его правового статуса как предпринимателя (обязанности, которые он несет в действительности, вытекают из его гражданско-правовых договоров).

Для сравнения, западноевропейские государства посчитали необходимым закрепить за субъектами имущественных отношений некоторые из обязанностей в своих Конституциях. Так, например, ч. 2 ст. 14 Конституции ФРГ определяет: «Собственность обязывает, пользование ею должно одновременно служить общему благу». Часть 1 ст. 17 Конституции Греции гласит: «Собственность находится под защитой закона. Право на нее не может осуществляться в ущерб общественным отношениям». Статья 41 Конституции Италии устанавливает, что частная хозяйственная инициатива не может развиваться в противоречии с общественной пользой или так, чтобы причинить ущерб безопасности, свободе или человеческому достоинству³³. На бизнес возложена социальная ответственность перед обществом.

При определении предпринимательской деятельности необходимо указать на производственный характер деятельности, а из признаков предпринимательской деятельности необходимо устранить указание на «направленность на систематическое получение прибыли» и заменить его общераспространенным понятием «промысел», хорошо известным как зарубежному законодательству, так и русскому дореволюционному законодательству.

В законе следует указать на такой признак предпринимательской деятельности как *профессионализм* и четко определить его содержание. В литературе этот признак либо вообще не указывается, либо трактуется неоднозначно. Большинство авторов полагает, что сущность данного признака заключается в том, что для занятия предпринимательской деятельностью требуются специальные (профессиональные) знания, дан-

30 См.: Предпринимательское (хозяйственное) право: учебник: в 2 т. Т. 1 / отв. ред. О.Ш. Олейник. С. 32.

³¹ См.: Российское предпринимательское право / под ред. И.В. Ершова, Г.Д. Отюкова. М., 2010. С. 7.

³² См.: Коршунов И.М., Ириашвили И.Д. Указ. соч.

³³ См.: Игнатъева С.В. Государство и предпринимательство в России. СПб., 1990. С. 43–44.

ная деятельность подчиняется многочисленным правилам и требованиям³⁴.

Авторы учебника И.В. Ершов и Г.Д. Отнюков рассматривают профессионализм — как наличие определенной квалификации или информации для принятия решения, но не для всех видов деятельности³⁵. Профессионализм, по их мнению, является факультативным признаком.

Сторонники иной точки зрения полагают, что профессионализм предпринимательской деятельности как ее системообразующий признак выражается не в образовательном уровне ее участников и качестве осуществляемой ими деятельности, а в том, что предпринимательская деятельность является их профессией, основным источником существования, удовлетворения личных жизненных социально-экономических и культурных потребностей³⁶.

Как показывает анализ зарубежного законодательства признак профессионализма при определении предпринимателя имеет более глубокое содержание. Этот признак предусмотрен законодательством Франции, ФРГ и США, предусматривался он и законодательством царской России.

Так, по Торговому Уложению ФРГ коммерсант должен заниматься торговой деятельностью (абз. 1 ст. 2), т.е. он должен действовать самостоятельно, планомерно и постоянно с целью извлечения прибыли.

Если же лицо лишь иногда покупает и перепродает товары, то это не является основанием признать его коммерсантом. Торговая деятельность должна осуществляться в виде промысла.

Обязательным условием регистрации является то, что граждане должны заниматься каким-либо видом предпринимательской деятельности на профессиональной основе, и объявление о своем правовом статусе входит в одну из правовых обязанностей предпринимателя

Так, по Торговому кодексу Франции предприниматель обязан объявлять о своем правовом статусе и семейном положении. Третьи лица вправе знать семейное положение коммерсанта, тем самым они увеличивают гарантии для себя не быть обманутыми.

При оглашении брачного контракта, если один из будущих супругов является коммерсантом, нотариус должен отправить в месячный срок секретарю коммерческого суда, ведущему Реестр торговли и коммерции, декларацию о семейном положении. Оглашение брачного контракта, если один из супругов, находясь в браке, стал коммер-

сантом, также обязательно. В этом случае не нотариус, а супруг должен уведомить секретаря суда в 15-тидневный срок. Отсутствие оглашения приводит к незащищенности, как самих предпринимателей, так и третьих лиц. В этом случае применяются правила гражданского законодательства (ст. 1400 и др. Гражданского кодекса)³⁷.

Таким образом, трактуемый признак профессионализма гарантирует безопасность жизни предпринимателя и делает невозможным существование *теневой экономики*.

Как нам представляется, в кодексе необходимо закрепить виды предпринимательской деятельности, ведь в научной юридической литературе о них даже не упоминается, а на практике некоторые виды преступной деятельности маскируются под предпринимательскую, как, например, в прошлом организация азартных игр.

К видам предпринимательской деятельности можно отнести следующие виды деятельности:

1) производственное предпринимательство, производственная деятельность любого направления: материального, интеллектуального, творческого. В основе производства лежит изготовление материальных ценностей и духовных благ;

2) коммерческое предпринимательство характеризуется тем, что предприниматель выступает в роли про-давца, коммерсанта. Прослеживается тесная взаимосвязь между бизнесом в сфере производства и бизнесом в сфере обращения, обмена: производимые товары надо обменивать на другие товары или деньги. Производство не всегда выступает активной стороной, однако именно коммерция, выявляя спрос на товары, побуждала и побуждает производственный бизнес к активности;

3) финансовое предпринимательство — это особый вид коммерческого предпринимательства, в котором в качестве предмета купли-продажи выступают деньги, иностранная валюта, ценные бумаги, продаваемые покупателю или предоставляемые ему в кредит, что обеспечивает получение прибыли. Только в этом виде предпринимательства признается спекуляция, именно спекуляция валютными средствами. В остальных случаях спекуляция в зарубежных странах признается серьезным административным правонарушением. Столь поспешная декриминализация спекуляции и придала спекулятивный характер развивающейся рыночной экономике России;

4) страховое предпринимательство состоит в том, что предприниматель гарантирует страхователю за определенную плату компенсацию возможного ущерба имуществу, ценностям, жизни в результате непредвиденного случая;

5) посредническое предпринимательство характеризуется тем, что предприниматель не произ-

³⁴ См.: Попова С.В. Актуальные вопросы правового регулирования предпринимательской деятельности в российском и германском праве. Невинномыск, 2014. С. 14.

³⁵ См.: Российское предпринимательское право / под ред. Ершова И.В., Отнюкова Г.Д. М., 2010. С. 29.

³⁶ См.: Каширина Ю.П. Понятие предпринимательского права в гражданском праве // Современное право. 2012. № 5. С. 92.

³⁷ См.: Жамен С., Лакур Л. Торговое право. М., 1993. С. 40.

водит продукцию, не торгует товарами, ценными бумагами, не дает денежного кредита, а лишь оказывает посреднические услуги. Занимая место посредника между производителем или продавцом товара и покупателем, он способствует сделке, объединяет их в общую цепь предпринимательской операции³⁸. Именно в этом виде предпринимательства действуют такие его субъекты, как дилеры, брокеры, маклеры, риэлторы, коммивояжеры, в задачу которых входит связать предпринимателя с потребителем и сделку довести до заключения договора. Ни куплей-продажей, ни какими-либо иными видами сделок они не занимаются;

б) венчурное предпринимательство — деятельность, нацеленная на реализацию «рисковых» проектов для получения прибыли, предпринимательского и учредительского доходов (в переводе с англ. — *venture* — рискованное начинание). Венчур — поле деятельности малого предпринимательства.

Принципами предпринимательской деятельности, которые прежде всего распространяются на предпринимателей, являются *свобода предпринимательской деятельности* (ч. 1 ст. 34 Конституции РФ), а также постулат, известный римскому праву, — *договоры должны исполняться* (*pacta sunt servanda*).

Как стороны правовых отношений предприниматели должны быть наделены субъективными правами и юридическими обязанностями. Исходя из принципа свободы предпринимательской деятельности, предприниматели должны быть наделены такими правами как:

- право на свободу выбора вида предпринимательской деятельности;
- право на свободу найма рабочей силы;
- право на свободу договора; и др.

К юридическим обязанностям, помимо определения и оглашения своего профессионального статуса как предпринимателя, можно отнести:

- участие в гражданском обороте от своего имени;
- размещение финансовых средств в только в кредитных учреждениях;
- точное указание адреса местопребывания предпринимателя и его делового помещения;
- выплата заработной платы сотрудникам и иным работникам.

Виды субъектов предпринимательства, порядок их регистрации, лицензирования и реорганизации в предпринимательском кодексе определять нет необходимости, так как эти вопросы регулируются ГК РФ.

В особенной части предпринимательского кодекса должны получить юридическое закрепление те виды предпринимательской деятель-

ности, которые не нашли отражение в ГК РФ, например, венчурное предпринимательство.

Работа над особенной частью достаточно сложная, так как кодификации особенной части должен предшествовать такой ее этап, как инкорпорация, т.е. выпуск нормативных актов в виде сборников законодательства по отдельным видам предпринимательской деятельности — инновационной, внешнеэкономической и т.д.

В целях ускорения процесса принятия предпринимательского кодекса, как нам представляется целесообразным, необходимо разработать и принять, в первую очередь, общую часть кодекса. Отсутствие законодательных положений относительно правового статуса предпринимателя и видов предпринимательской деятельности является тем фактором, что тормозит развитие экономики в стране, сохраняет теневую экономику и создает почву для многомиллиардных хищений и вывоза капитала за границу.

Список литературы

1. Бусыгин А.В. Предпринимательство. Основной курс: учебник для вузов. М., 1997. С. 67.
2. Быков Л.В. Предпринимательское право: проблемы формирования и развития // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 1993. № 6. С. 4.
3. Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 9. Ст. 204.
4. Государство и право. 1999. № 2. С. 24.
5. Дойников И.В. Актуальные проблемы предпринимательского (хозяйственного) права. Воронеж, 2012. С. 50–60, 73.
6. Жамен С., Лакур Л. Торговое право. М., 1993. С. 40.
7. Иванов А.В. О соотношении понятий «коммерция» и «предпринимательство» в сфере строительства // Юрист. 2001. № 5. С. 32.
8. Игнатьева С.В. Государство и предпринимательство в России. СПб., 1990. С. 43–44.
9. Каминка А.И. Основы предпринимательского права. Петроград, 1916. С. 13.
10. Каширина Ю.П. Понятие предпринимательского права в гражданском праве // Современное право. 2012. № 5. С. 92.
11. Коршунов Н.М., Ириашвили И.Д. Предпринимательское право. М., 2007. С. 25.
12. Кудинов А.О. Предпринимательское (хозяйственное) право: учеб. пособие. М., 2009. С. 10–11.
13. Кузнецова О.А. Функции в гражданском праве // Цивилистические записки: межвуз. сб. науч. тр. Вып. 4. М., 2005. С. 318.
14. Курс экономики: учебник / под ред. Б.А. Райзберга. М., 1997. С. 536–540.
15. Кравец Ю.П. Пробелы в уголовно правовом регулировании отношений в сфере предпринимательской деятельности // Пробелы в российском законодательстве. 2011. № 6. С. 170–171.
16. Панько К.К. Фикция в уголовном праве. Воронеж, 1999. С. 23.
17. Поляков А.В. Общая теория права: курс лекций. СПб., 2001. С. 375–376.
18. Попова С.В. Актуальные вопросы правового регулирования предпринимательской деятельности в российском и германском праве. Невинномыск, 2014. С. 14.
19. Предпринимательское (хозяйственное) право: учебник: в 2 т. Т. 1 / отв. ред. О.Ш. Олейник. М., 2003. С. 39.
20. Предпринимательское право в рыночной экономике: учебник / под ред. Е.Н. Губина, П.Г. Лахно. М., 2005. С. 39.
21. Российское предпринимательское (хозяйственное) право: учеб. пособие для вузов. Воронеж, 2011. С. 33.
22. Шершеневич Г.Ф. Торговое право. М., 1990. С. 27.

³⁸ См.: Курс экономики: учебник / под ред. Б.А. Райзберга. М., 1997. С. 536–540.

«Enterprise Law» — from fiction to real branch of the law

Aistova L.S.,

PhD in Law, Associate Professor
of the Department of Criminally-Right Protection Economic Relations
of the St.-Petersburg State University of Economy
E-mail: zefir2005@mail.ru

Abstract. *This article is devoted to problematic issues of market economy in the country. Revealing essence of business activity, her types, the questions of need elaboration and adoption of the Enterprise code is raised. Through of critical analysis of the courses of on enterprise (business) and commercial law read in educational institutions of the country, the author offers the vision of the Enterprise (business) code.*

Keywords: *enterprise law, market economy, legal relations, subjective rights, legal duties, enterprise (business) code.*

References

1. Busygin A.V. Predprinimatel'stvo. Osnovnoj kurs: uchebnik dlya vuzov. M., 1997. S. 67.
2. Bykov L.V. Predprinimatel'skoe pravo: problemy formirovaniya i razvitiya // Vestnik Moskovskogo universiteta. Seriya 11. Pravo. 1993. № 6. S. 4.
3. Vedomosti SND i VS RSFSR. 1991. № 9. St. 204.
4. Gosudarstvo i pravo. 1999. № 2. S. 24.
5. Dojnikov I.V. Aktual'nye problemy predprinimatel'skogo (hozyajstvennogo) prava. Voronezh, 2012. S. 50–60, 73.
6. ZHamen S., Lakur L. Torgovoe pravo. M., 1993. S. 40.
7. Ivanov A.V. O sootnoshenii ponyatij «kommerciya» i «predprinimatel'stvo» v sfere stroitel'stva // Yurist. 2001. № 5. S. 32.
8. Ignat'eva S.V. Gosudarstvo i predprinimatel'stvo v Rossii. SPb., 1990. S. 43–44.
9. Kaminka A.I. Osnovy predprinimatel'skogo prava. Petrograd, 1916. S. 13.
10. Kashirina YU.P. Ponyatie predprinimatel'skogo prava v grazhdanskom prave // Sovremennoe pravo. 2012. № 5. S. 92.
11. Korshunov N.M., Iriashvili I.D. Predprinimatel'skoe pravo. M., 2007. S. 25.
12. Kudinov A.O. Predprinimatel'skoe (hozyajstvennoe) pravo: ucheb. posobie. M., 2009. S. 10–11.
13. Kuznecova. O.A. Funkcii v grazhdanskom prave // Civilisticheskie zapiski: mezhvuz. sb. nauch. tr. Vyp. 4. M., 2005. S. 318.
14. Kurs ehkonomiki: uchebnik / pod red. B.A. Rajzberga. M., 1997. S. 536–540.
15. Kravec Yu.P. Probely v ugovolno pravovom regulirovanii otnoshenij v sfere predprinimatel'skoj deyatel'nosti // Probely v rossijskom zakonodatel'stve. 2011. № 6. S. 170–171.
16. Pan'ko K.K. Fiksiya v ugovolnom prave. Voronezh, 1999. S. 23.
17. Polyakov A.V. Obschchaya teoriya prava: kurs lekcij. SPb., 2001. S. 375–376.
18. Popova S.V. Aktual'nye voprosy pravovogo regulirovaniya predprinimatel'skoj deyatel'nosti v rossijskom i germanskom prave. Nevinnomysk, 2014. S. 14.
19. Predprinimatel'skoe (hozyajstvennoe) pravo: uchebnik: v 2 t. T. 1 / otv. red. O.Sh. Olejnik. M., 2003. S. 39.
20. Predprinimatel'skoe pravo v rynochnoj ehkonomik: uchebnik / pod red. E.N. Gubina, P.G. Lahno. M., 2005. S. 39.
21. Rossijskoe predprinimatel'skoe (hozyajstvennoe) pravo: ucheb. posobie dlya vuzov. Voronezh, 2011. S. 33.
22. Shershenevich G.F. Torgovoe pravo. M., 1990. S. 27.