Мильков Александр Васильевич. Правовое регулирование защиты гражданских прав и правовых интересов: диссертация ... доктора юридических наук: 12.00.03 / Мильков Александр Васильевич;[Место защиты: Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования "Российский государственный университет правосудия" www.rgup.ru].- Москва, 2015.- 442 с.

**Содержание к диссертации**

Введение

**ГЛАВА І. Историко-теоретические предпосылки исследования защиты в гражданском праве 15**

1. Исторические корни гражданско-правовой защиты 15

2. Классификация подходов к определению понятия защиты гражданских прав 45

3. Соотношение понятий «защита» и «охрана» 78

**ГЛАВА II. Методологические основания исследования защиты в гражданском праве 97**

1. Общие логико-гносеологические положения 98

2. Место теории правовых средств в системе методологических оснований исследования защиты гражданских прав 116

3. Теория охранительных правоотношений как методологическое основание исследования защиты гражданских прав 141

**ГЛАВА III. Место защиты права в механизме гражданско-правового регулирования 188**

1. Понятие механизма правового регулирования в отечественной доктрине 188

2. Охранительный механизм в гражданском праве 232

3. Соотношение защиты и ответственности 262

**ГЛАВА IV. Формы функционирования механизма гражданско-правовой защиты 294**

1. Исковые правоотношения 298

2. Секундарные правоотношения 326

3. Правоотношения по самозащите 349

Заключение 373

Библиографический список

## Классификация подходов к определению понятия защиты гражданских прав

Государство вначале регламентировало самоуправство, но затем запретило его, возложив охрану прав на свои органы; «осуществление прав собственной силой мало по малу превращается в воззвание к государственной вла-сти, в иск» , - писал И. А. Покровский. В конечном итоге главным средством защиты становится иск (actio), который, по утверждению В. М. Гордона , явился эквивалентом запрета на самовольную расправу; отголоски самоуправства сохраняются только в институте самозащиты («самопомощи»), согласно которому допускалось применение силы для предупреждения нарушения права4.

Таким образом, истории римского частного права наглядно демонстрирует эволюцию правовых представлений об охранительных механизмах в обществе и роли иска в числе этих механизмов.

Современные цивилистические представления базируются на постулате о первичности регулятивного значения гражданского права и о производ-ности его охранительного воздействия. Принято считать, что главным образом гражданское право рассчитано на обычные, стандартные отношения, не омраченные правонарушениями, а потому гражданское право есть отрасль регулятивная, в которой охранительной функции предназначена второстепенная роль. Между тем история правового развития дает картину прямо противоположную; картину, в которой главенствующее место занимает как раз охранительная функция, функция защиты интересов составляющих общество лиц.

Главенствующее место защиты обусловлено общесоциальной потребностью сохранения сложившихся общественных отношений, которое было возможно только при обеспечении неприкосновенности благ, составляющих основу существования общества, - жизни и здоровья членов общества, их собственности, сложившегося уклада жизни. «Первое, в чем человек нуждается, это, конечно, охрана его самых элементарных благ - жизни, телесной неприкосновенности, свободы, - пишет И. А. Покровский. - И право, действительно, искони берет на себя такую охрану, ограждая эти блага»1, но не останавливается на этом. На пути поступательного развития человечества «один за другим развертываются самые несомненные интересы человеческой личности, настойчиво требуя своего признания и защиты»2, и право принимает на себя создание условий для беспрепятственного удовлетворения этих интересов.

Право как социальный институт по своей генетической природе есть «субстанция защиты», средство защиты разнообразных социальных интересов, инструмент уравновешивания разноречивых человеческих устремлений, средство сглаживания существующей в обществе напряженности. С. С. Алексеев, рассуждая об исконной природе права, в числе главнейших факторов, обусловивших его возникновение, называет общесоциальную потребность в таком нормативном регуляторе, который способен удовлетворить человеческую «нацеленность на установление единого, стабильного, целесообразного порядка поведения людей, разумного решения конфликтов, на учет интересов лиц, участвующих в различных отношениях, защищенность и га-рантированность их прав»1.

Право никогда не являлось самоцелью, но всегда - средством удовлетворения духовных и материальных потребностей и притязаний членов общества, средством предотвращения или разрешения возникающих противо-речий и конфликтов . А разрешение возникшего спора, противоречия, конфликта, обусловленного противоборством намерений, устремлений, притязаний, т. е., в конечном счете, интересов субъектов, умиротворение сторон, даже в том случае, когда удовлетворяются требования только одной из них, -это и есть действие механизма правовой защиты.

В архаическом законодательстве крайне мало норм, регламентирующих обычные, неконфликтные взаимоотношения субъектов, ибо, как указывал Е. Б. Пашуканис, «нормальное не фиксируется сначала как таковое - оно просто существует» . Все древние памятники права (Законы XII таблиц, Свод законов Хаммурапи, Законы Ману, Салическая Правда, Русская Правда и др.) формулировали не субъективные права, а правонарушения и следующие за ними правовые последствия. Нормальные отношения сторон если и фиксировались, то только на случай их нарушения: понятие кражи попадает в текст закона ранее, чем понятие собственности, отношения, возникающие при займе, закрепляются на тот случай, если получивший заем не пожелает его вернуть и т. д. Анализируя данный факт применительно к римскому праву, Ж. Е. Гудсмит указывает, что римляне, «руководимые практическим смыслом, отличавшим их, обращали большее внимание на помощь, которую нужно было доставить непосредственно в случае нарушения, чем на абстрактное право, движущееся своим мирным и спокойным шагом»1. Исследование исторических источников позволило Е. Б. Пашуканису сделать вывод о том, что «разрыв нормального общения и вытекающий отсюда конфликт - вот что является исходным моментом и главнейшим содержанием архаического законодательства»2. На основе этого можно констатировать, что древнейшее законодательство было нацелено не на регулирование «нормальных», «обычных» общественных отношений, а на пресечение «ненормального», противоборствующего взаимодействия субъектов. И обусловлено это было намерением общества сгладить возникшие между членами общества противоречия, защитить лиц, интересы которых были нарушены. Иными словами, древний закон, говоря современным языком, не моделировал регулятивных правоотношений, но закреплял меры охраны от возможных нарушений сложившегося порядка взаимно ориентированных действий членов общества, т. е. моделировал охранительные правоотношения. Однако если в древнем законодательстве практически не формулировались субъективные права, но в то же время закреплялись меры охранительного характера, то возникает немаловажный вопрос о квалификации объектов охраны (что охранялось в том случае, когда субъективного права не существовало?). В свете этого интерес для нашего исследования представляет анализ взглядов на связь субъективного гражданского права и средств его защиты (а именно - иска). Дело в том, что правовые представления, начиная с XIX в., базируются на положении, в соответствии с которым субъективное право всегда обеспечено защитой от нарушения, поскольку «право всегда предполагает момент защиты»

## Место теории правовых средств в системе методологических оснований исследования защиты гражданских прав

Как указывал Г. П. Щедровицкий, «процесс реального мышления всякий человек начинает с фиксации определенного "положения дел" в действительности»1. Тем более это касается научного теоретического мышления. Следовательно, приступая к научному исследованию, необходимо выявить объем наличного знания по проблеме или, говоря словами А. С. Майданова, «опереться на опыт предшествующих исследователей и привлечь выработанные ранее подходы»2.

Поэтому задачей настоящего параграфа мы поставили обзор научных подходов к пониманию исследуемого объекта и их классификацию.

В российской правовой литературе крайне сложно отыскать полноценную дефиницию понятия защиты права, несмотря на широчайшее применение данного понятия и обилие работ, посвященных исследованию различных аспектов темы защиты прав. Как указывает Т. И. Илларионова, «чаще всего вместо определения защиты даются дефиниции права на защиту или непо-средственно меры защиты» . Анализ литературы подтверждает справедливость данного утверждения. В качестве примера можно указать на кандидатскую диссертацию Т. Б. Шубиной, посвященную защите права. Озаглавив самостоятельный раздел работы «Понятие "защита права"», автор пишет в нем в основном о мерах защиты, мерах ответственности и понятии субъективного права4. Не удивительно, что в результате Т. Б. Шубина так и не определила исследуемое понятие, завершив раздел указанием на содержание «права на защиту». Однако сама Т. Б. Шубина полагает, что ею дана искомая дефиниция, предлагая рассматривать в качестве таковой следующее утверждение: «Защита права рассматривается как самостоятельная правовая категория, включающая в себя три элемента: юридическая ответственность, меры защиты, меры безопасности (редакция автора - А. М.)»1. По поводу этого утверждения можно сказать, что, видимо, автор представляет защиту в виде системы, элементами которой и являются указанные меры. Однако это представление в работе Т. Б. Шубиной обоснования не получило, поскольку далее констатации указанного автор не пошла.

Интересно отметить, что А. А. Левков в кандидатской диссертации, написанной спустя пять лет после диссертации Т. Б. Шубиной, также выносит на защиту положение, в котором утверждает, что в работе «дается понятие "защита права"», которое и излагает в следующем виде: «Защита права включает в себя все правовые средства, направленные на защиту права в целом, прав и свобод, субъективных прав и законных интересов. По своей структуре защита права включает в себя меры защиты, меры юридической ответственности, ме-ры безопасности» . Укажем, что, во-первых, автор даже не предпринял попытки дать определения защиты права, поскольку то, что он предложил, дефиницией считаться не может, а, во-вторых, вообще продемонстрировал смешение гносеологического и онтологического аспектов понимания защиты, о чем свидетельствует следующее его утверждение: «Для защиты субъективных прав и законных интересов, прав и свобод граждан как в законодательстве, так и в литературе используются такие понятия, как меры, способы, средства, формы»3. Можно упомянуть также и диссертацию М. Г. Масловой, новизну которой автор видит в разработке в числе прочих понятий и понятия «защита права» , однако внимательное прочтение автореферата диссертации так и не позволило нам обнаружить какое-либо подобие определения указанного понятия. Некоторые авторы, освещая вопрос о защите гражданских права, го-ворят исключительно о способах их защиты . Нельзя не указать и на работу Е. В. Вавилина, который, озаглавив свой труд «Осуществление и защита гражданских прав», не посвятил понятию защиты даже небольшого параграфа. Единственным разделом, в котором можно почерпнуть кое-какие сведения о защите гражданских прав, следует признать параграф под названием «Меха-низм реализации субъективного гражданского права на защиту» , однако и он не содержит дефиниции защиты гражданских прав.

Можно отметить, что некоторые авторы, акцентируя внимание на необходимости постижения категории «защита прав», даже не приступают к такому постижению. Так, Б. Завидов и О. Гусев указывают, что «защита гражданских прав» есть важнейшая категория теории гражданского, гражданско-процессуального и арбитражно-процессуального права, в связи с чем весьма важным является уяснение смысла защиты. Однако в целях уяснения такого смысла приводят определение из учебника по гражданскому праву, но

Вавилин Е. В. Осуществление и защита гражданских прав. М.: Волтерс Клувер, 2009. С. 170-175. Точности ради следует указать, что в данной работе имеется глава, названная «Осуществление и защита прав слабой стороны в гражданском правоотношении» (Там же. С. 50-69), однако, к проблеме защиты она имеет весьма отдаленное отношение, поскольку в ней рассматриваются вопросы: 1) о понятии «слабой стороны»; 2) о возможности «выравнивания» сторон; 3) о принципе юридического равенства сторон; 4) о правовом положении государства, субъектов РФ и муниципальных образований; 5) о роли судебного правоприменения. не защиты, а права на защиту и в дальнейшем анализируют указанное право, не упоминая уже о самой защите. Таким образом, авторы без каких-либо оговорок произвели подмену понятия «защита гражданских прав» на понятие «право на защиту»2.

Завершая рассмотрение данного аспекта проблемы, укажем на работу Д. Н. Кархалева, который посвятил исследование соотношению мер защиты с мерами ответственности в гражданском праве. Казалось бы, что, приступая к исследованию мер защиты, автор должен определить, что представляет собой защита права. Однако он этого не делает и нигде даже не упоминает о необходимости различать понятия «гражданско-правовая защита» и «меры защиты в гражданском праве»3.

Следует отметить, что в литературе обращается внимание на необходимость выявления материально-правового значения понятия «защита права», однако при попытке обозначить такое значение допускается смешение онтологического аспекта понимания защиты гражданских прав, как явления правовой реальности, и гносеологического аспекта такого понимания, сводящегося к тому, что правовое понятие защиты представляет собой отражение явления гражданско-правовой защиты, т. е. элемент понятийно-категориального аппарата гражданского права. Так, Ю. Г. Басин и А. Г. Ди-денко пишут: «Защита права является самостоятельным правовым понятием, имеющим свои задачи, свои способы реализации, свою сферу применения»4.

## Охранительный механизм в гражданском праве

Предваряя данную главу, хотим обратить внимание на следующий момент: мы уделяем большое внимание методологическим вопросам проводимого нами исследования, поскольку грамотно построенный процесс научного познания не может не сопровождаться рефлексией исследователя по поводу методологии его работы, на что неоднократно указывалось в литературе. Так, отмечая, что в основе познания лежат процессы концептуализации и категоризации, Н. А. Кудрина указывает на специфику данных процессов в познании и подчеркивает, что в научном тексте «вследствие осознанного характера концептуализации и категоризации в ходе научного познания отражаются не только результаты познавательного процесса, но и само его развертывание или, по меньшей мере, основные его этапы, а также методы и приемы, с помощью которых он осуществляется»1. А. М. Новиков и Д. А. Новиков подчеркивают, что «рефлексия собственных действий неизбежно пронизывает всю деятельность исследователя в процессе научной работы: от замысла исследователя до публикации его результатов - в этом специфика научно-исследовательской деятельности»2. Такое же мнение высказывается и в правовой литературе общетеоретического характера. Так, Н. Н. Тарасов пишет: «... Обращаясь к рассмотрению социально-экономических, правовых и политических процессов, юридическая наука вынуждена... включать в предмет исследования вопросы собственной методологии»3.

В методологической литературе признается большое значение вопроса об основах (методологических, теоретических, гносеологических) докторского исследования. Так, известный методолог науки академик А. М. Новиков пишет, что во многих отраслях научного знания «исследователи нередко проявляют удивительную малоосведомленность или вовсе девственную неосведомленность о науке вообще и о гносеологии (теории научного познания) в частности. Логика научных работ, в том числе докторских диссертаций, часто строится просто по аналогии с работами предшественников»1. Ученый подчеркивает, что диссертант, работающий над докторской диссертацией, должен четко представлять, «в каких формах научного знания он выстраивает структуру своей докторской диссертации», «какие методологические подходы лежат в основе его работы», «что собой представляет научная теория (концепция)», поскольку докторская диссертация во всякой отрасли научного знания и должна представлять собой определенную целостную теорию (концепцию)2.

Учитывая данные положения, мы решили посвятить специальный параграф логико-гносеологическим основаниям проводимого нами исследования, а также осветить некоторые иные вопросы, касающиеся теории научного познания, в той мере, в какой это позволит объяснить осуществленный нами выбор пути исследования защиты гражданских прав.

Как известно, докторская диссертация - это работа, разрешающая крупную научную проблему. Однако решить проблему невозможно, если отсутствуют представления о том, что есть научная проблема. В этом случае велика опасность принять за проблему то, что ею не является. По этому поводу В. А. Белов указывает, что в современной российской юриспруденции

Новиков А. М. Докторская диссертация?: Пособие для докторантов и соискателей ученой степени доктора наук. М.: Изд-во «Эгвес», 2003. С. 17-18. См.: Там же. С. 18. отсутствует точное представление о понятии научной проблемы, в результате чего проблемность исследования отождествляется с его злободневностью, актуальностью1. Поэтому мы полагаем, что исследование логико-гносеологических установок нашей работы необходимо начать с вопроса о научной проблеме, а также показать, почему мы считаем избранную нами тему крупной научной проблемой.

Древнегреческий термин «problema» обозначает «трудность, препятствие». В специальной литературе под проблемой понимается «результат осознания возникшей в науке проблемной ситуации, связанной с трудностью развития дальнейшего познания»2.

Полагаем, что сомнений в квалификации современного состояния дел с разработкой категории «защита гражданских прав» в качестве научной проблемы возникать не должно, поскольку это состояние свидетельствует о значительных трудностях развития дальнейшего познания.

Как было показано, до сегодняшнего дня в доктрине не существует четкости в понимании исследуемой категории. Дополняя уже сказанное, можем отметить, что до сего времени никто не дал ясного ответа на вопрос, что представляет собой содержание явления, обозначаемого понятием «защита гражданских прав», а что - ее форму. В числе форм защиты в литературе традиционно называются юрисдикционная и неюрисдикционная. Однако, очевидно, что юрисдикционной и неюрисдикционной формами могут быть только формы деятельности. Из этого с необходимостью следует вывод, что все авторы, признающие существование указанных форм защиты должны исходить из «теории деятельности». Однако упомянутые формы защиты выделяются также и учеными, определяющими защиту как систему гражданско-правовых охранительных мер.

## Секундарные правоотношения

Между тем данный вывод является ошибочным, поскольку сторонники разделения правовых норм на регулятивные и охранительные отнюдь не отрицают ни нормативности, ни принудительности правовых предписаний как не отрицают и общепризнанного положения о том, что правило поведения становится юридической нормой только при условии обеспеченности принудительной силой государства, однако эту обеспеченность связывают не с санкцией регулятивной нормы, а с правилом, закрепленным в особой норме. Как отмечает П. Ф. Елисейкин, «эта обеспеченность принудительной силой государства, это неотъемлемое качество юридической нормы может быть выражено не иначе, как путем установления особого правила поведения -охранительной нормы»4. Аргументируя данный вывод, автор указывает, что охранительные нормы имеют четко определенное место в механизме право вого регулирования: каждая охранительная норма предназначена для охраны соответствующей регулятивной нормы, которая «вне связи с охранительной утрачивает свой юридический характер»1. Е. Я. Мотовиловкер, анализируя вышеприведенные критические высказывания С. Н. Братуся, отмечает, что регулятивная норма принудительно реализована быть не может, поскольку в ее гипотезе нет указания на факт нарушения права, однако это не означает, что регулятивная норма не обеспечена санкцией. В случае нарушения такой нормы в действие вступает охранительная норма2.

Полагаем, что с этими выводами следует согласиться. Гипотезы правовых норм содержат указания на условия, при которых действуют эти нормы. Диспозиции таких норм указывает на права и обязанности, возникающие при наличии условий, предусмотренных гипотезой. Если в числе условий действия нормы (в гипотезе) отсутствует указание на факт нарушения права, а принуждение, как известно, применяется в случае нарушения права, то в норме не может быть каких-либо правил, касающихся факта нарушения права или возможности применения принуждения.

Отметим, что логика подобных рассуждений была присуща не только дореволюционным правоведам, но и ученым-юристам советского периода. Так, например, данную позицию в середине прошлого века последовательно отстаивал С. В. Курылев, утверждавший, что «санкция является составной частью лишь такого вида норм, которые установлены на случай правонарушения»3. Говоря иными словами, санкция есть вторая часть таких норм, в гипотезе которых предусмотрены условия, например, в виде нарушения обязательств по договору, причинения вреда и т. д. Эта вторая часть нормы, предусматривающая правовые последствия нарушения права, и обеспечена го сударственным принуждением, Именно она может быть исполнена в принудительном порядке.

В числе современных сторонников данной трактовки необходимо указать на В. Л. Слесарева, который пишет: «Поскольку диспозиция и санкция закрепляют отличные друг от друга правила поведения, постольку их следует признать самостоятельными нормами в правовой структуре. При этом, если диспозиция является нормой регулятивной, то санкция - охранительной, моделирующей права и обязанности на случай совершения правонарушения»1. Критикуя концепцию трехэлементного строения правовой нормы, В. Л. Сле-сарев замечает: ее основой является положение о том, что «отдельная юридическая норма, как клеточка права, аккумулирует в себе все его основные свойства - нормативность, формальную определенность, принудительность, стабильность»2, а это приводит к сомнениям относительно возможности признания нормой права правила, в котором отсутствует какой-либо из указанных компонентов. Между тем, справедливо подчеркивает В. Л. Слесарев, «такая "универсальная" позиция противоречит принципу функциональной специализации правовых норм, их подразделению на регулятивные, охранительные, специализированные»3.

На «функциональную специализацию» правовых норм указывают и другие правоведы. Так, А. Ф. Черданцев, замечая, что между правовыми нормами существует определенное «разделение труда» - одни нормы осуществляют позитивное регулирование (регулятивные нормы) другие осуществляют охранительное воздействие (охранительные нормы). Между ними существует взаимодействие, при котором «нарушение регулятивной нормы включает действие нормы охранительной»

Анализируя разработку рассматриваемого вопроса в советский период, А. Б. Бабаев и В. А. Белов замечают, что господство концепции трехчленного строения нормы права не оставляло почвы ни для разделения правовых норм на регулятивные и охранительные, ни для аналогичного разделения правоотношений, и утверждают, что «отстаивать концепцию разделения правоотношений на регулятивные и охранительные можно только при одном непременном условии - нужно быть сторонником двухчленного строения правовой нормы»1.

Полагаем, что этот вывод правилен по существу, хотя не можем не отметить, что в числе ученых, признающих концепцию охранительных норм и правоотношений, имеются как сторонники двухэлементного строения правовых норм, так и трехэлементного. Между тем сторонники трехэлементного состава правовых норм, признающие в то же самое время разделение норм и правоотношений на регулятивные и охранительные, наталкиваются на противоречия, для снятия которых они вынуждены вводить в канву рассуждений некоторые допущения, в то время как сторонникам двухэлементного состава правовых норм удается выстроить логически обоснованную и подтверждаемую практикой теорию.

Так, например, Е. Я. Мотовиловкер при обосновании идеи разделения правовых норм и правоотношений на регулятивные и охранительные руководствуется следующей схемой: структура нормы - идея выделения регулятивных и охранительных норм - идея выделения регулятивных и охранительных правоотношений. Согласно его аргументации ни гипотеза, ни диспозиция логически с санкцией не связаны: гипотеза - постольку, поскольку представляет собой условие, влекущее диспозицию; диспозиция - постольку, поскольку представляет собой правовое последствие, заканчивающее нормативное предписание