

ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО (ГРАЖДАНСКОГО) ПРАВА

СУБЪЕКТИВНОЕ ПРАВО КАК ИНТЕРЕС? ТРАКТОВКА КАТЕГОРИИ СУБЪЕКТИВНОГО (ЧАСТНОГО) ПРАВА В РАМКАХ КЛАССИЧЕСКОЙ ТЕОРИИ ИНТЕРЕСА



С.В. ТРЕТЬЯКОВ,

кандидат юридических наук,
доцент кафедры гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова,
профессор кафедры теории и истории частного права и кафедры международного
частного права Российской школы частного права

<https://doi.org/10.24031/1992-2043-2020-20-4-5-44>

В настоящей работе предпринята попытка рациональной реконструкции и критики теории субъективного (частного) права Рудольфа фон Иеринга, получившей известность в юридической литературе под названием «теория интереса». Проанализированы основные причины возникновения теории интереса, которая явилась ответом Иеринга на кризисные моменты в развитии основной альтернативы его теории – классической волевой теории субъективного права. Выделены два основных компонента теоретической конструкции субъективного права у Иеринга – материальный (интерес) и формальный (право на иск в материально-правовом смысле, понимаемое как проявление господства воли управомоченного). По мнению автора, двухэлементная модель является внутренне противоречивой и нестабильной. Причинами этого, на взгляд автора, являются прежде всего неопределенность понятия интереса, тенденция Иеринга заменять юридический анализ социологическим, а также сложности, связанные с определением юридической природы и взаимной увязкой нескольких спорных случаев (субъективные права недееспособных и так называемые рефлексы права). Отмечено также, что теория Иеринга в более широком контексте представляет собой попытку синтеза классической, ориентированной на Канта частноправовой традиции с британским утилитаризмом. Этот синтез доволь-

но сложно осуществить практически, поскольку, по мнению автора, утилитаристская доктрина имплицитно содержит элементы, которые входят во внутреннее противоречие с основами концепции субъективного права.

Ключевые слова: субъективное право; интерес; право на иск в материально-правовом смысле; Иеринг; утилитаризм; господство воли.

THE CLASSICAL INTEREST THEORY OF RIGHTS IN PRIVATE LAW



S.V. TRETЯKOV,

PhD in Law, Associate Professor of the Department of Civil Law
of the Faculty of Law of the Lomonosov Moscow State University,
Professor of the Department of Theory and History of Private Law and the Department
of Private International Law of the Russian School of Private Law

This is an attempt of rational reconstruction and critique of the Rudolph von Jherings theory of subjective right, commonly known as “the interest theory”. First, the basic shortcomings of the classical will theory (a major alternative to the interest theory) have been articulated, which I see as a reason of the elaboration of the alternative model by Jhering. Second, the structural analysis of the Jherings interest theory has been accomplished. From the structural standpoint, Jherings theory has two components: one, substantial (interest) and another, formal (legal remedy, granted by the law when the interest has been unlawfully attacked). This two-component model seems to be unstable and prone to self-contradictions. The major reasons for such a case are the indeterminacy of the concept of interest, an inherent trend within the interest theory to replace legal analysis with sociological enquiry, as well as coherence problem with some controversial instances of subjective rights. In a broader context, Jherings interest theory can be seen as an attempt to reconcile Kantian-based German private law theory with the elements of British utilitarianism.

Keywords: subjective right; interest; legal remedy; Jhering; utilitarianism; autonomy of will.

Кризис волевой теории субъективного права в ее классической форме стал закономерным результатом ее собственного развития. В этом смысле пересмотр основ представлений о соотношении индивидуальной воли и правопорядка, понятия юридически значимой воли в частном праве имел скорее позитивное значение, нежели негативное. Примерно к последней четверти XIX в. ситуация выглядела следующим образом.

Ключевым фактором, повлиявшим на ревизию основополагающих представлений о субъективном частном праве, стало принятие психологического понимания воли в рамках конструкции субъективного права, с одной стороны, и практически всеобщее признание цивилистами приоритета объективного права над субъективным и, соответственно, воли правопорядка над волей субъекта частного права. Это позволило сформировать автономное частноправовое учение о субъективном праве, избавив теорию воли от ее философских, этических и теологических предпосылок, благодаря которым, собственно, и был сформирован весь корпус допущений, гипотез и концепций, который известен нам как теория субъективного (частного) права. Но эта же автономизация частного права в целом и учения о субъективном праве как его ключевого компонента в частности имела свою цену.

Последовательное применение психологического понимания воли в теории субъективного права обнаружило целый ряд противоречий, которые в конечном итоге и вызвали кризис всей теории в целом. Прежде всего оказалось, что степень проявления и юридическое значение воли в частном праве оказываются не просто разными, но часто варьируются в крайне большом диапазоне, что делает формирование единообразного понимания юридически значимой воли, если не невозможным, то в высшей степени проблематичным.

Выявилось, в частности, что в некоторых случаях воля управомоченного вообще никак или почти никак не может повлиять на возникновение, изменение или прекращение частных прав и обязанностей. Управомоченный в таком случае оказывается лишь выгодоприобретателем юридической обязанности. В других же случаях, напротив, именно от воли управомоченного целиком зависит наступление или ненаступление юридически значимого эффекта. В одних случаях воля управомоченного направлена на совершение действий сугубо фактического характера (например, правомочие пользования в составе права собственности). В других же, наоборот, речь идет исключительно о праве на совершение сделок (вторичные права). Наконец, в целом ряде контекстов, в которых традиционно используется термин «субъективное право», вообще трудно говорить о воле управомоченного по той причине, что речь идет, например, о правах недееспособных. Все такие контексты трудно объединить в рамках унифицированного понимания субъективного права как господства воли. Это, в частности, привело к тому, что даже в рамках волевых¹ и комбинаторных

¹ Hölder E. Ueber objectives und subjectives Recht: Ein Vortrag. A. Deichert, 1893.

теорий¹ субъективного частного права данное понятие стало рассматриваться не как единое, а как несколько типов правонаделения, классифицируемых в зависимости от характера, степени выраженности и содержания волевого компонента.

В то же время и само понятие господства воли уже не казалось столь бесспорным и очевидным, каковым оно представлялось во времена Георга Пухты (1798–1846). Применительно к юридической конструкции вещного права проблематичным стало казаться понятие «господства над вещью»². Применительно же к юридической конструкции обязательства стали возникать сомнения, что правовые возможности кредитора в отношении должника являются господством в строго психологическом смысле слова³. Таким образом, психологизация понимания воли привела к тому, что выявилась сложность применения этого понятия к основополагающим типам правовых институтов частного права.

Наконец, еще одну сложность представляла теоретическая фиксация соотношения объективного и субъективного права. Как уже отмечалось выше, цивилисты в целом признали к этому времени примат объективного права над субъективным. Частное право рассматривалось как часть национальных правовых систем. Признавалась достаточно высокая степень (хотя и не полная) контроля национальных государств над частным правом⁴.

В подобных условиях концепция, придающая индивидуальной воле функцию порождения права, автоматически становится проблематичной. Виндшайд в своем понимании субъективного права как *Wollendürfen* («дозволенности воли») признал, что основой субъективного частного права являются правовые нормы. Однако это сразу же спровоцировало сомнение по поводу того, в какой мере признание приоритета объективного права над субъективным вообще оставляет место для категории права субъективного. В самом деле, если объективное право *предоставляет* субъектам определенные поведенческие возможности, то зачем удваивать терминологию и использовать еще и понятие субъективного права? Не проще ли просто констатировать, что объективно-правовое предписание издается *в пользу* определенного субъекта? При подобном понимании возникают сомнения относительно избыточности самого понятия субъективного частного

¹ *Tuhr A. von. Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Erster Band: Allgemeine Lehren und Personenrecht. Duncker & Humblot reprints, 2013.*

² *Третьяков С.В. Юридическое господство над объектом как догматическая конструкция континентальной цивилистики // Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики: сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Евгения Алексеевича Суханова. М.: Статут, 2018. С. 481–509.*

³ *Sohm R. Der Begriff des Forderungsrechts // Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhuts Zeitschrift). 1877. Bd. 4. S. 457–473.*

⁴ *Jansen N., Michaels R. Private Law and the State: Comparative Perceptions and Historical Observations // Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ). 2006. Bd. 71. H. 2. S. 345–397.*

права. Ведь, в принципе, все те явления, которые им охватывались в рамках классической волевой теории, могут быть адекватно теоретически описаны исключительно в терминах объективного права. Иными словами, впервые на теоретическом уровне была поставлена *проблема функции субъективного права*.

Интересной и своеобразной попыткой разрешения всех вышеперечисленных проблем и противоречий стала широко известная *теория интереса Рудольфа фон Иеринга*. Сама фигура Иеринга, его академическая биография и жизненный путь¹ отражают бурные социальные изменения, которые потрясли Европу во второй половине XIX в., вызвали колоссальный по масштабу, интенсивности и последствиям кризис, породивший в конечном счете два мировых войны в XX в. Начав как самый способный последователь Георга Пухты, он со временем превратился в бескомпромиссного критика того корпуса идей и представлений, которые ассоциировались с именами классиков исторической школы права. Одной из важных линий исследовательской программы Иеринга был пересмотр базовых представлений теории субъективного частного права. Иеринг не оставил единого текста, который бы в полной мере и исчерпывающим образом отражал его собственную теорию субъективного права. Самое полное выражение его взгляды по рассматриваемому вопросу отражены в третьем томе «Духа римского права на различных стадиях его развития»². Характерно и то, что фундаментальная критика волевой теории субъективного частного права планировалась Иерингом для второго полутома третьего тома «Духа римского права», который так и не увидел свет, поскольку внимание автора переключилось на анализ понятий цели в праве и «борьбы за право»³. Это отнюдь не случайное обстоятельство, как будет продемонстрировано ниже, имеет ключевое значение для понимания теории интереса в целом. Кроме того, оно характеризует полную противоречивую натуру Иеринга, личность которого была блистательным выражением его эпохи.

Иеринг перенес фокус внимания в рамках теории субъективного частного права с формального аспекта господства воли на социальные интересы и потребности, ради осуществления которых субъекты эту волю реализуют. В самом деле, любая поведенческая возможность закрепляется за субъектом и реализуется им не ради себя самой, а исключительно с определенной целью. Иными словами, поведенческая возможность существует потому и постольку, почему и постольку существует определенный интерес субъекта права в существовании и реализации данной поведенческой возможности.

¹ Jansen N., Reimann M.J. Begriff und Zweck in der Jurisprudenz – Ein Geburtstagsblatt für Rudolf von Jhering // Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP). 2018. H. 1. S. 89–128.

² Jhering R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 3, Bd. 1. Breitkopf und Härtel, 1865.

³ Fezer K.-H. Teilhabe und Verantwortung: Die personale Funktionsweise des subjektiven Privatrechts (= Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln. Bd. 49). C.H. Beck, 1986. S. 222.

С точки зрения Иеринга воля индивида не может претендовать на роль ключевого момента в конструкции субъективного права, поскольку в условиях позитивистского типа правопонимания субъективное право и субъективная воля производны от объективного права, от воли правопорядка¹. Определенная поведенческая возможность («господство воли») предоставляется субъекту частного права не ради самой себя, а потому, что правопорядок полагает, что такое предоставление оптимально с точки зрения интересов самого субъекта и интересов социума в целом. В некоторых случаях принятие юридически значимых решений (т.е. порождающих правовые последствия) *целесообразно* доверить самому субъекту, относительно поведения которого осуществляется правовое регулирование. Иными словами, автономия воли действительно имеет место, но она носит функциональный характер, существует не ради самой себя, а потому, что это представляется оптимальным с точки зрения соотношения частных и общественных интересов. Содержание же частноправовой автономии составляет не столько «господство воли» в определенной сфере, сколько обеспечение субъектам частного права возможности достигать хозяйственные и индивидуальные цели, реализуя свои потребности².

Рассматриваемая теоретическая конструкция действительно позволяет решить ряд проблем теории субъективного частного права. Прежде всего речь идет о пресловутой проблеме наделения правами недееспособных. С позиции классической волевой теории они не должны были бы трактоваться в качестве полноценных субъектов частных прав. Это связано с тем, что ключевое с точки зрения классической волевой теории субъективного права качество – способность выражать юридически значимую волю – у таких субъектов отсутствует. С другой стороны, почти все без исключения классические варианты волевой теории признавали за недееспособными возможность быть носителями субъективных частных прав.

Если ключевым элементом в теоретической конструкции субъективного частного права считать не волю, а интерес в доступе к благу (экономическому или идеальному), то проблема исчезает, поскольку недееспособные, несомненно, таким интересом обладают независимо от способности его осуществлять своими юридически значимыми действиями. Решается и проблема гетерогенности понятия субъективного частного права. Опять-таки если полагать, что основным элементом конструкции субъективного частного права является не воля, а интерес, то не так уж и важно, в какой мере индивидуальная воля имеет юридическое значение. Наличие интереса характерно как для субъекта вторичного права, так и для носителя правомочия пользования в составе права собственности. И неваж-

¹ *Jhering R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 3, Bd. 1. S. 329–330.*

² *Ibid. S. 331.*

но, что степень интенсивности проявления и характер волевого элемента в них радикально различаются, поскольку интерес существует в одинаковой мере и в том, и в другом случае. Более того, интерес существует и применительно к случаям, когда норма объективного права просто предоставляет субъекту определенную поведенческую возможность, не требуя от него какой-либо самостоятельной активности, совершения собственных действий, направленных на приобретение и реализацию соответствующего права. Иначе говоря, речь идет о случаях, когда поведенческая возможность является *рефлексом* объективного права. Эти случаи порождали определенные проблемы для волевой теории субъективного права в виндшайдовском духе, поскольку, признавая примат объективного права над субъективным и права недееспособных, трудно было объяснить, почему рефлекс объективного права не являются субъективными правами.

Это, в свою очередь, позволило Иерингу решить и более общую, фундаментальную проблему соотношения объективного и субъективного права, от невозможности разрешения которой хронически страдала волевая теория субъективного права при эмпирико-психологическом понимании воли. Субъективные права как юридически защищенные интересы представляют собой юридико-техническое средство разграничения частных интересов между собой.

При такой постановке вопроса напрашиваются аналогии с кантианским пониманием субъективного права, которое по существу и представляло собой распределение исключительных сфер господства воли различных субъектов относительно друг друга¹. Ключевое отличие концепции Иеринга от классической волевой теории субъективного права в этом отношении состоит в том, что Кант и его последователи в цивилистике полагали, что сферы исключительного господства воли различных субъектов можно построить таким образом, чтобы они гармонично сочетались друг с другом, не пересекаясь. Иеринг же исходил из гипотезы, что интересы разных лиц по определению противоречат друг другу, постоянно пересекаются. Поэтому функция права с точки зрения классической теории субъективного права состоит в том, чтобы найти формулу бесконфликтного сосуществования воле разных субъектов. В то же время для Иеринга функция права, напротив, состоит в разрешении конфликтов интересов различных субъектов между собой. Наделение субъективным правом с этой точки зрения представляет собой не закрепление частной автономии за каждым, а признание приоритета одного интереса над другим.

Другими словами, субъективные права предоставляются не просто так, а для реализации определенной социальной цели. Понятие субъективного частного права *инструментализируется*. Отсюда закономерным образом возникает вопрос о социальной функции понятия субъективного частного права. Этот вопрос представляет определенную сложность для теории Иеринга. Дело в том,

¹ Pleister W. Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings. R. Gremer, 1982. S. 59–61.

что признание интереса ключевым компонентом концепции субъективного права приводит к тому, что любой случай юридической защиты интереса следует вроде бы трактовать в качестве субъективного права. Но это не соответствует цивилистической традиции, которая не признавала и не признает субъективными правами в техническом смысле слова некоторые ситуации, в которых юридическая защита пользования благом (а следовательно, и юридически значимый интерес) существует, признается и обеспечивается правом порядком, например случаи исполнения обязательства третьему лицу, когда последнее является лишь адресатом исполнения должником своей юридической обязанности, а не управомоченным в строгом смысле слова. Более того, не кто иной, как сам Иеринг, ввел в научный оборот понятие рефлекса права¹ применительно к ситуации, в которой субъекты права получают доступ к пользованию благом фактически, в качестве следствия предоставления прав другим лицам². Сам Иеринг полагал, что в данном случае наделения субъективными правами в техническом смысле нет³.

Чтобы согласовать одно с другим, Иеринг предложил выделять в понятии субъективного частного права два элемента: один – субстанциальный (сам интерес, обеспечение пользования материальным или идеальным благом); второй – формальный (инициатива в защите интереса и возможности пользования материальным или идеальным благом должна принадлежать и закрепляться объективным правом за самим управомоченным)⁴. Иными словами, концепция субъективного права Иеринга сводится к доступу к благу, защищаемому эвентуальным правом на иск. Формальный критерий (эвентуальное право на защиту) позволяет отграничить субъективные права в техническом смысле от рефлексов права.

Но подобная двухэлементная конструкция порождает определенные теоретические трудности. По существу, Иеринг предлагает считать субъективным правом поведенческую возможность пользования благами, обеспеченную возможностью ее юридической защиты по инициативе самого субъекта. С юридической точки зрения финальным тестом, который будет выявлять, есть в конкретном случае субъективное право или нет, будет наличие или отсутствие правомочия на защиту права, права на иск в материально-правовом смысле. Проблема, однако, в том и состоит, что часто неясно, принадлежит субъекту интереса право на иск или нет. Это в римском праве закрепление претором права на иск означало в переводе на современный язык то, что управомоченному принадлежит субъективное право.

¹ См. об этом ниже.

² *Wagner G. Rudolph von Jherings Theorie des subjektiven Rechts und der berechtigenden Reflexwirkungen // Archiv für die civilistische Praxis (AcP). 1993. Bd. 193. H. 4. S. 319–347.*

³ *Jhering R. von. Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen // Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. 1871. Bd. 10. S. 245–354.*

⁴ *Jhering R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 3, Bd. 1. S. 339.*

Современное право исходит из обратной последовательности: первично право, а иск вытекает из факта его приобретения. Соответственно, трудности и возникают в таких контекстах, когда неясно, принадлежит ли субъекту интереса право на иск, например в случае обязательства в пользу третьего лица, а также в уже упоминавшемся случае, в котором исполнение должником обязательства осуществляется третьему лицу. В таких и подобных случаях, чтобы понять, принадлежит ли субъекту интереса право на его защиту, необходимо установить, закреплено ли за ним субъективное частное право в техническом смысле.

В тех же случаях, когда право на иск предоставлено и закреплено за субъектом пользования благом (интереса) нормой права *expressis verbis*, субъективное право с юридико-догматических позиций редуцируется к эвентуальному праву на иск, поскольку понять, есть ли право, можно, только установив, предоставлено ли право на иск. Это мало чем отличается в конечном итоге от теории Августа Тона. Единственное отличие заключается в том, что Тон признавал пользование юридически irrelevantным, а Иеринг считает его конститутивным для понятия субъективного права¹. Но поскольку понять, существует субъективное право или нет, можно исключительно путем установления принадлежности соответствующему субъекту права на иск, то этот момент и становится ключевым с догматической точки зрения.

Попробуем подробнее проанализировать логику рассуждений Иеринга. Основной тезис заключается в том, что «материальный» элемент (интерес, возможность пользоваться определенным благом) важнее для понимания субъективного права, чем формальный момент (собственно, правовая защита)². Доказывается это прежде всего указанием на наличие в частном праве институтов, в которых предоставление субъекту доступа к определенному благу (возможности пользования) не предполагает одновременного предоставления ему же возможности осуществлять этот доступ своими юридически значимыми действиями. Иными словами, Иеринг указывает, что наличие признанного и защищаемого частным правом интереса не всегда одновременно означает наличие того, что классическая теория обычно описывает как «господство воли». Примером является правовое положение недееспособных в частном праве. Они могут обладать частными правами, могут пользоваться ими, но не в состоянии осуществлять «господство воли» в узком смысле слова, т.е. самостоятельно совершать юридически значимые действия относительно принадлежащих им прав³.

Проблема, отмеченная Иерингом, действительно существует. С одной стороны, классическая теория частного права исходит из того, что недееспособные,

¹ Thon A. Rechtsnorm und subjektives Recht. H. Böhlau, 1878. S. 228–324.

² Jhering R. von. Ein Rechtsgutachten // Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. 1880. Bd. 18. S. 82.

³ Jhering R. von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 3, Bd. 1. S. 312.

безусловно, могут обладать субъективными правами. С другой стороны, очевидно и то, что недееспособные не могут совершать юридически значимые действия, связанные с закрепленными за ними субъективными правами. Недееспособность и означает неспособность приобретать и осуществлять права собственными действиями. Но это означает, что существо субъективного права не может заключаться в «господстве воли», поскольку есть категория субъектов, которые не могут юридически «господствовать», осуществлять юридически значимую волю по причине того, что соответствующие лица просто не могут обладать (осуществлять) юридически значимой волей, но могут тем не менее обладать субъективными правами.

Вместе с тем в подобной логике рассуждений есть и заметный изъян, который не позволяет принять ее. По существу, аргумент Иеринга сводится к следующему. В ситуации с наделением субъективными правами недееспособных мы имеем дело с двумя феноменами: во-первых, с юридически защищенным пользованием (интересом) недееспособного, который, однако, не в состоянии своими собственными действиями этот интерес осуществлять; во-вторых, с юридически значимыми действиями законного представителя недееспособного, который фактически осуществляет права, но исключительно в интересах представляемого недееспособного. Таким образом, интерес и воля, направленная на его реализацию, в данном случае разведены. И весь вопрос состоит в том, какую «половину» (интерес, возможность пользования благом или волю, способность совершать юридически значимые акты своими действиями) следует квалифицировать в качестве субъективного права. Иеринг полагает, что таковой следует считать интерес. В пользу этого взгляда приводится ссылка на то, что цивилистическая традиция всегда исходила из того, что права возникают непосредственно у недееспособного, несмотря на то что он своими действиями ни приобретает, ни осуществляет их не в состоянии. Кроме того, Иеринг отмечал важность интереса как единственного элемента, который позволяет объяснить цель предоставления защиты, связывает правовую форму и ее социальную функцию.

На первый взгляд эта позиция выглядит привлекательной. Здесь нужно учитывать еще одно немаловажное обстоятельство. Трактовать в качестве носителя субъективного права представителя, который осуществляет его от имени и в интересах недееспособного представляемого, гораздо меньше оснований, нежели рассматривать именно представляемого в качестве субъекта соответствующего права. Вряд ли осуществление представителем субъективного права, которое обычно выражается в совершении им юридически значимых действий, следует квалифицировать в качестве полноценного проявления «господства воли» самого представителя. Последний действует в интересах представляемого и поэтому ограничен в свободе усмотрения. По той же причине даже с точки зрения логики юридической конструкции, если не касаться социального измерения института гражданской правоспособности недееспособных, осуществление субъективно-