

На правах рукописи

Лисица Валерий Николаевич

**ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ МЕХАНИЗМ
РЕГУЛИРОВАНИЯ ИНВЕСТИЦИОННЫХ ОТНОШЕНИЙ,
ОСЛОЖНЁННЫХ ИНОСТРАННЫМ ЭЛЕМЕНТОМ**

Специальность 12.00.03 — гражданское право;
предпринимательское право; семейное право;
международное частное право

АВТОРЕФЕРАТ

диссертации на соискание учёной степени
доктора юридических наук

Новосибирск — 2013

Работа выполнена в ФГБУН «Институт философии и права Сибирского отделения Российской академии наук»

Научный консультант: член-корр. РАН, д.ю.н, профессор.,
судья Конституционного Суда РФ
Клеандров Михаил Иванович

Официальные оппоненты: Бахин Сергей Владимирович, д.ю.н.,
профессор., зав. кафедрой международного права юридического факультета ФГБОУ ВПО «Санкт-Петербургский государственный университет»

Вилкова Нина Григорьевна, д.ю.н.,
профессор, проф. кафедры международного частного права международного-правового факультета ФГБОУ ВПО «Всероссийская академия внешней торговли Министерства экономического развития Российской Федерации»

Губин Евгений Парфирьевич,
д.ю.н., профессор, зав. кафедрой предпринимательского права юридического факультета ФГБОУ ВПО «Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова»

Ведущая организация: ФГАОУ ВПО «Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Защита диссертации состоится «07» апреля 2014 г. в 11.00 на заседании диссертационного совета Д 503.001.01 при ФГНИУ «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации» по адресу: 117218, Москва, ул. Большая Черёмушkinsкая, д. 34.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке ФГНИУ «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации».

Автореферат разослан «___» _____ 2014 г.

Учёный секретарь
диссертационного совета,
кандидат юридических наук



Цирина М.А.

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы исследования. За последние десятилетия система международных инвестиционных отношений претерпела значительные изменения. Приток прямых иностранных инвестиций в мире вырос многократно: если в 1982 г. он составил 58 млрд дол. США, в 1990 г. — 207, в 2002 г. — 622, то в 2007 г. — 1979 млрд дол. США¹. В условиях мирового финансово-экономического кризиса в 2008–2009 гг. данный показатель сократился до 1744 и 1185 млрд дол. США соответственно², увеличившись до 1309 — в 2010 г. и 1524 млрд дол. США — в 2011 г.³ Национальные экономики государств стали в немалой степени зависимыми друг от друга. Усилилось влияние на мировую экономику транснациональных корпораций (ТНК), добавленная стоимость которых в рамках мирового производства в 2010 г. составила приблизительно 16 трлн дол. США, т.е. около четверти глобального ВВП⁴.

Вместе с тем доля Российской Федерации и других стран СНГ и Юго-Восточной Европы в общемировом объёме ввезённых прямых иностранных инвестиций крайне мала и составляет около 5 %⁵. По сведениям Федеральной службы государственной статистики, их размер в Российской Федерации в 2008 г. составил всего лишь 27,0, в 2009 г. — 15,9, в 2010 г. — 13,8, а в 2011 г. — 18,4 млрд дол. США⁶. Неблагоприятный инвестиционный климат в нашей стране подтверждают и данные платёжного баланса Российской Федерации, опубликованные Центральным Банком Российской Федерации, согласно которым за период 1994–2012 гг. вывоз капитала частным

¹ См.: Доклад о мировых инвестициях 2007: Транснациональные корпорации, добывающая промышленность и развитие: Обзор / Конференция ООН по торговле и развитию. — Нью-Йорк; Женева, 2007. — С. 2.

² См.: Доклад о мировых инвестициях 2011: Способы организации международного производства, не связанные с участием в капитале, и развитие: Обзор / Конференция ООН по торговле и развитию. — Нью-Йорк; Женева, 2011. — С. 7.

³ См.: World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies / UNCTAD. — New York; Geneva, 2012. — P. 3, 24.

⁴ Доклад о мировых инвестициях 2011. — С. X.

⁵ Там же. — С. 3, 4.

⁶ Российский статистический ежегодник. 2012: Стат. сб. / Росстат. — М., 2012. — С. 660.

сектором всегда, за исключением 2006–2007 гг., преобладал над ввозом⁷.

Одной из причин указанной ситуации является несовершенство действующего российского инвестиционного законодательства. Несмотря на то, что за последние годы было принято множество специальных федеральных законов и иных нормативных правовых актов, регулирующих инвестиционные отношения с участием иностранных лиц, в своей совокупности они носят бессистемный и фрагментарный характер, наряду с кодификационными и иными актами подвержены частым и необоснованным изменениям со стороны законодателя, вследствие чего зачастую становятся противоречащими друг другу. До сих пор отсутствует однозначное понимание инвестиции, согласующееся с основными категориями гражданского права и позволяющее отграничить её от смежных понятий. Не закреплены на законодательном уровне Российской Федерации многие получившие распространение на практике договорные формы осуществления инвестиционной деятельности, в том числе с участием государства. Большинство гарантий, установленных для иностранных инвесторов, являются декларативными и требуют дальнейшего усиления и более детального урегулирования.

В связи с низкой конкурентоспособностью российской правовой системы усилилась тенденция по совершению участниками внешнеэкономического оборота действий, направленных на обход закона, когда не только иностранные, но и российские лица стремятся вывести регулирование инвестиционной деятельности, осуществляемой на территории Российской Федерации, из-под действия российского права. Отсутствие справедливых, понятных и стабильных «правил игры» влечёт повышение некоммерческих рисков для инвесторов и препятствует развитию инвестиционной деятельности, как в Российской Федерации, так и за её пределами.

Недостатки существуют и в международно-правовом регулировании инвестиционных отношений. Так, положения многих международных договоров в рассматриваемой сфере как результат ком-

⁷ [Электронный ресурс]. — URL: <http://www.cbr.ru>.

промисса между различными странами не являются в достаточной степени чёткими и допускают различное толкование; нормы международного права разрознены и зачастую носят рекомендательный характер для государств. В результате возросла роль международных коммерческих арбитражей, в частности Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), которые в ряде случаев формулируют правила, используемые в дальнейшем при разрешении инвестиционных споров, фактически выполняя правотворческую функцию вместо государств. Сформировавшийся при этом огромный массив международной арбитражной практики ставит новые вопросы, причём не только перед современной юридической наукой, но и прежде всего перед государствами как создателями норм международного и национального права.

Российская Федерация не может оставаться в стороне от происходящих в мире процессов глобализации, повышения роли международного права в регулировании внешнеэкономических отношений и подчинения принимающего государства иностранной юрисдикции. В этой связи особый интерес представляют дела *Hulley Enterprises Limited v. the Russian Federation*, *Yukos Universal Limited v. the Russian Federation* и *Veteran Petroleum Limited v. the Russian Federation* по искам, предъявленным против Российской Федерации на основании Договора к Энергетической хартии 1994 г.⁸, который так и не был ратифицирован Российской Федерацией.

Подписание и возможное присоединение в ближайшем будущем к Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств 1965 г.⁹, ратификация Конвенции об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций 1985 г.¹⁰, вступление Российской Федерации во Всемирную торговую организацию (ВТО), а также создание на территории Белоруссии, Казахстана, Кыргызстана, России и Таджики-

⁸ [Электронный ресурс]. — URL: <http://www.encharter.org>.

⁹ Международное частное право: Сб. документов / Сост. К. А. Бекяшев, А. Г. Ходаков. — М.: БЕК, 1997. — С. 592–606.

¹⁰ Там же. — С. 606–632.

стана единого экономического пространства — всё это требует на основе системного подхода своего переосмысления и разработки с учётом сложившейся международной арбитражной практики новых моделей правового регулирования инвестиционных отношений, осложнённых иностранным элементом, в целях обеспечения дальнейшего роста российской и мировой экономики, формирования единого рынка капитала в рамках Евразийского экономического сообщества (ЕврАзЭС) и защиты прав российских и иностранных инвесторов.

Цель и задачи исследования. Цель диссертации заключается в разработке концептуальных положений, касающихся применения гражданско-правовых средств и их роли в достижении баланса частных и публичных интересов в правовом регулировании инвестиционных отношений, осложнённых иностранным элементом, которые возникают при осуществлении прежде всего иностранных капиталовложений, анализе существующих при этом правовых проблем и определении современных тенденций и перспектив дальнейшего развития международного права и законодательства Российской Федерации в сфере инвестиционной деятельности.

Достижение поставленной цели предопределяет постановку и решение следующих задач:

— рассмотреть этапы формирования и источники правового регулирования инвестиционных отношений, осложнённых иностранным элементом;

— установить особенности взаимодействия международного и национального права в гражданско-правовой регламентации осуществления иностранных инвестиций;

— уточнить содержание таких основных понятий, как: «инвестиция»; «капиталовложение»; «инвестирование»; «инвестиционная деятельность»; «инвестор»; «совместное предприятие»; «транснациональная корпорация»; «инвестиционный договор»; «экспроприация» и т.д.;

— раскрыть гражданско-правовую сущность инвестирования и установить виды возникающих при этом инвестиционных правоотношений, осложнённых иностранным элементом;

— выявить отличительные признаки (критерии), позволяющие отграничить правоотношения по вложению инвестиций от других правоотношений;

— установить особенности квалификации инвесторов и осуществляемых ими инвестиций в качестве иностранных;

— определить правовой режим деятельности иностранных инвесторов;

— рассмотреть гарантии осуществления иностранными лицами инвестиционной деятельности на территории принимающего государства и раскрыть их содержание;

— выделить непоименованные в Гражданском кодексе Российской Федерации¹¹ (далее — ГК РФ) инвестиционные договоры и установить место таких договоров в общей системе гражданско-правовых договоров;

— определить применимое право к инвестиционным отношениям, осложнённым иностранным элементом;

— рассмотреть виды инвестиционных споров с участием иностранных инвесторов и установить их международную подсудность;

— выявить противоречия и пробелы в действующем международном и российском праве, разработать предложения по совершенствованию правового регулирования инвестиционных отношений, осложнённых иностранным элементом.

Объект и предмет исследования. Объектом исследования являются в первую очередь частноправовые отношения, возникающие при осуществлении иностранными физическими и юридическими лицами инвестиционной деятельности на территории Российской Федерации. Они включают в себя договорные правоотношения, опосредующие вложение иностранных инвестиций, а также связанные с ними иные, в частности, обязательственные правоотношения вследствие причинения принимающим государством вреда иностранному инвестору. Предметом исследования выступают основ-

¹¹ СЗ РФ. — 1994. — № 32. — Ст. 3301; 1996. — № 5. — Ст. 410; 2001. — № 49. — Ст. 4552; 2006. — № 52. — Ст. 5496.

ные элементы гражданско-правового механизма регулирования инвестиционных отношений, осложнённых иностранным элементом, к которым традиционно относятся нормы права, инвестиционные правоотношения, акты реализации и применения права.

Методологическая, теоретическая, нормативно-правовая и эмпирическая основы исследования. При выполнении работы были использованы как общенаучные методы познания — индукция и дедукция, абстрагирование, анализ, синтез, моделирование, исторический и т.д., так и специальные методы юридического исследования — формально-юридический, сравнительно-правовой и др.

Диссертант в своей работе опирался на исследования учёных в области правового регулирования иностранных инвестиций (А.Г. Богатырёв, В.А. Бублик, Н.Н. Вознесенская, Н.Г. Доронина, Д.К. Лабин, С.П. Мороз, Н.Г. Семилютина, И.З. Фархутдинов и др.), международного частного права (Л.П. Ануфриева, С.В. Бахин, М.М. Богуславский, Н.Г. Вилкова, Л.Н. Галенская, Г.К. Дмитриева, Н.Ю. Ерпылёва, И.С. Зыкин, Л.А. Лунц, А.Л. Маковский, Н.И. Марышева, Т.Н. Нешатаева, И.О. Хлестова и др.), гражданского права (М.И. Брагинский, С.Н. Братусь, О.С. Иоффе, В.П. Мозолин, О.Н. Садилов, А.П. Сергеев, К.И. Скловский, М.К. Сулейменов, Б.Л. Хаскельберг, В.Ф. Яковлев и др.), предпринимательского права (В.С. Белых, Е.П. Губин, И.В. Ершова, В.С. Мартемьянов и др.), международного публичного права (Г.М. Вельяминов, В.И. Лисовский, И.И. Лукашук, Р.А. Мюллерсон, Г.И. Тункин, В.М. Шумилов и др.), теории права (С.С. Алексеев, М.Н. Марченко, Ю.А. Тихомиров и др.), а также зарубежных правоведов (I. Brownlie, G. Delaume, R. Dolzer, A. Fatouros, M. Hirsch, A. Lowenfeld, F. Mann, W. Peter, J. Salacuse, C. Schreuer, G. Schwarzenberger, I. Shihata, M. Sornarajah и др.).

Нормативно-правовая основа исследования представлена Конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств 1965 г. (далее — Вашингтонская конвенция), Конвенцией об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций 1985 г. (далее —

Сеульская конвенция), Договором к Энергетической хартии 1994 г., двусторонними международными договорами Российской Федерации о поощрении и взаимной защите капиталовложений, актами международных организаций (Всемирного банка, ВТО, Организации по экономическому сотрудничеству и развитию (ОЭСР), Международной торговой палаты (МТП) и др.), ГК РФ, федеральными законами от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»¹², от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»¹³ и другими нормативными правовыми актами, действующими на территории Российской Федерации.

Эмпирическую основу исследования составила практика международных коммерческих арбитражей (МЦУИС, МТП, Торговой палаты г. Стокгольма и др.), а также судов общей юрисдикции и арбитражных судов Российской Федерации.

Степень научной разработанности. Переход к рыночной экономике в России вызвал значительный интерес российских учёных к правовым проблемам осуществления инвестиционной деятельности (М.М. Богуславский, В.А. Бублик, Н.Н. Вознесенская, Н.Г. Дорони́на, Н.Г. Семилютина и др.). Затрагивались исторические и теоретико-правовые аспекты механизма правового регулирования инвестиционных отношений (А.Г. Богатырёв, И.А. Вдовин), соглашения о разделе продукции (СРП) (А.И. Перчик, С.А. Сосна), свободные экономические зоны (Н.Г. Швыдак), гражданско-правовые конструкции инвестирования (А.В. Майфат), особенности регулирования иностранных инвестиций в нефтяной и газовой промышленности (Р.А. Курбанов). Существенный вклад в понимание международного инвестиционного права как части международного экономического права внесла отечественная наука международного публичного права (Г.М. Вельяминов, Д.К. Лабин, И.З. Фархутдинов, В.М. Шумилов и др.).

¹² СЗ РФ. — 1999. — № 9. — Ст. 1096.

¹³ СЗ РФ. — 1999. — № 28. — Ст. 3493.

На уровне кандидатских диссертаций исследовались различные аспекты правового регулирования инвестиционных отношений, в частности: проблемы осуществления иностранных инвестиций (С.К. Ким, А. Моссо, А.С. Тедтоев, В.Ю. Тюрин, А.М. Фарукшин, Т.В. Шадрина и др.); международные двусторонние инвестиционные соглашения (М.С. Евтеева); международно-правовые гарантии (И. Н. Лебединец); правосубъектность государств в международных инвестиционных отношениях (И.Э. Папушина); ТНК (Р.А. Куликов); концессионные соглашения (Я.О. Золоева); инвестиционные договоры (Б.В. Муравьев, П.В. Сокол); административно- и финансово-правовые основы инвестирования (П.П. Гончаров, А.А. Горягин, К.И. Комраков, А.Е. Морозов, А.А. Прокудин) и т.д.

Указанные работы значительно расширили юридические знания о том, как осуществляется правовая регламентация инвестиционной деятельности. Вместе с тем, касаясь во многом отдельных институтов международного и российского права, они не сформировали пока целостного научного представления, раскрывающего применение гражданско-правовых средств и их роль в достижении баланса частных и публичных интересов в механизме правового регулирования инвестиционных отношений, осложнённых иностранным элементом.

Научная новизна исследования. Диссертация представляет собой всестороннее исследование основных элементов гражданско-правового механизма регулирования инвестиционных отношений с участием иностранных лиц, проведённое на основе системного анализа действующих норм международного и национального, частного и публичного права, судебной и обширной международной арбитражной практики, в первую очередь МЦУИС, которое позволило раскрыть гражданско-правовую сущность отношений по вложению иностранных инвестиций, обосновать ведущую роль гражданского права в регулировании инвестиционных отношений в рамках национальной правовой системы и доказать необходимость дальнейшего развития норм международного и российского права в целях создания правовых условий для стимулирования инвестиционной деятельности в Российской Федерации.

Автором, в частности:

— определены и раскрыты гражданско-правовые средства, обеспечивающие достижение необходимого баланса (сочетания) частных и публичных интересов;

— выделены юридические критерии, позволяющие отграничить отношения по вложению инвестиций от других гражданско-правовых отношений и внести бóльшую формальную определённость в понимание правовой категории инвестиции;

— сформулированы авторские определения основных понятий в сфере регулирования инвестиционных отношений, которые более точно раскрывают их гражданско-правовую сущность;

— проведена дифференциация инвестиционных правоотношений с участием иностранных физических и юридических лиц на две группы — основных (главных) и дополнительных (вспомогательных) правоотношений; показана их взаимообусловленность и связь с национальной, а не международной правовой системой;

— предложено рассматривать внедоговорное причинение вреда иностранному инвестору в результате нарушения международного договора о поощрении и взаимной защите капиталовложений как деликт с возложением при этом гражданско-правовой ответственности на принимающее государство в целом, в том числе за действия региональных и муниципальных органов власти и их должностных лиц;

— сделан вывод о необходимости более полного, с учётом положений международных договоров, предоставления национально-го режима для иностранных инвесторов и осуществления в этих целях правовой регламентации инвестиционной деятельности едиными нормами;

— признано целесообразным устанавливать международно-правовые гарантии для инвесторов, осуществляющих капиталовложения в соответствии с национальным законодательством с учётом приоритетов, определяемых принимающим государством, с использованием дополнительных, наряду с законом гражданства и инкорпорации, критериев при квалификации инвестиций в качестве иностранных;

— в отличие от существующего в юридической науке понимания доказано, что инвестиционный характер могут носить не все известные ГК РФ типы гражданских договоров; выявлены иные, непоименованные в ГК РФ, инвестиционные договоры, приведена их классификация и определены причины их появления на практике;

— предложено ограничить в ряде случаев действие принципа автономии воли сторон к правам и обязанностям по инвестиционному договору с обязательным применением сверхимперативных норм национального права принимающего государства;

— обоснована необходимость установления перечня действий принимающего государства, не признаваемых экспроприацией, а также ограничения на законодательном уровне размера возмещения причинённых иностранному инвестору убытков (выплаты компенсации);

— сформулированы предложения по совершенствованию правового регулирования инвестиционных отношений, осложнённых иностранным элементом, направленные на унификацию норм международного права, систематизацию действующего законодательства Российской Федерации и его гармонизацию с международным правом.

Положения, выносимые на защиту:

1. Правовое регулирование возникающих при осуществлении физическими и юридическими лицами иностранных инвестиций (инвестиционные отношения, осложнённые иностранным элементом) должно осуществляться в рамках национальной правовой системы с учётом норм международного права на основе баланса частных и публичных интересов. Это предполагает, с одной стороны, создание с использованием преимущественно гражданско-правовых средств благоприятных условий для инвестирования, направленных на обеспечение свободы инвестиционной деятельности, юридического равенства и автономии воли иностранных инвесторов, принимающего государства и иных участников, в частности, путём: а) дальнейшего более детального урегулирования гарантий осуществления инвестиционной деятельности; б) дополнитель-

ной регламентации отдельных договорных форм инвестирования, требующих применения специальных норм диспозитивного и императивного характера; в) обеспечения стабильности правовых условий осуществления инвестиционной деятельности, открытости и доступности информации об инвестиционном законодательстве и иных источниках права для инвесторов; г) последовательного в соответствии с международными договорами предоставления национального режима для иностранных инвесторов и создания в этих целях единого специального правового регулирования инвестиционных отношений; д) применения института гражданско-правовой ответственности принимающего государства в случае нарушения последним норм международного права; е) предоставления возможности разрешения инвестиционных споров между иностранным инвестором и принимающим государством (Российской Федерацией) в МЦУИС согласно правилам Вашингтонской конвенции и др. С другой стороны, должны быть установлены дополнительные требования и ограничения для инвесторов, касающиеся, в частности: а) дальнейшего использования процедуры допуска иностранных инвесторов к осуществлению инвестиционной деятельности в отдельных сферах, затрагивающих оборону и безопасность принимающего государства; б) ограничения в ряде случаев автономии воли сторон и обязательного применения свехимперативных норм национального права принимающего государства к инвестиционным отношениям, осложнённым иностранным элементом; в) установления возможности пересмотра в одностороннем порядке ранее заключённого между принимающим государством и иностранным инвестором инвестиционного договора по инициативе первого, но при условии возмещения убытков (выплаты компенсации) второму; г) определения оснований для освобождения и ограничения размера выплачиваемой при проведении экспроприации компенсации иностранному инвестору; д) применения категорий добросовестности и разумности к действиям инвестора по отношению к принимающему государству и др.

2. Возникающие на основе международных договоров, национального права и иных норм инвестиционные правоотношения,

осложнённые иностранным элементом, многообразны и подлежат дифференциации на: а) основные (главные) инвестиционные правоотношения, опосредующие вложение иностранных инвестиций и носящие обязательственно-правовой характер; б) дополнительные (вспомогательные) инвестиционные правоотношения, обеспечивающие формирование и дальнейшее развитие основного (главного) инвестиционного правоотношения, которые при этом возникают в различные моменты времени как до заключения сделок по вложению иностранных инвестиций (например, в случае получения предварительного согласия (согласования) таких сделок), так и после них (например, в случае внедоговорного причинения вреда иностранному инвестору принимающим государством, предоставления мер государственной или муниципальной поддержки из бюджетов различных уровней), и носят разноотраслевой характер. Такие отношения зачастую не могут быть в должной мере урегулированы отдельными общими нормами гражданского, административного или финансового права и требуют дополнительной (специальной) правовой регламентации посредством применения гражданско-правовых и иных юридических средств и форм, обеспечивающих необходимое сочетание норм частного и публичного права.

3. Квалификация инвестиционного правоотношения в качестве основного (главного) должна осуществляться по объективным признакам, определяющим гражданско-правовой характер инвестиционной деятельности, посредством использования трёх элементов: а) инвестиции, в качестве которой может выступать только вещь или иное имущество, включая имущественное право; б) объекта инвестиционной деятельности (имущества, за исключением денежных средств в национальной валюте), способного принести доход инвестору в будущем; в) сделки, которая предусматривает вложение инвестиции в объект инвестиционной деятельности и может совершаться любыми физическими и юридическими лицами, как для получения прибыли, так и с иной целью. Исходя из этого, предусмотренные действующим законодательством легальные определения понятий «инвестиция», «капиталовложение», «инвестор», «объект инвестиционной деятельности», «инвестиционная деятельность» и

др., подлежат изменению, в частности, в части исключения: работ и услуг, результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации (интеллектуальной собственности), информации, так называемых иных прав, имеющих денежную оценку, из перечня инвестиций; органов государственной власти и органов местного самоуправления, создаваемых на основе договора о совместной деятельности и не имеющих статуса юридического лица объединений юридических лиц — из круга инвесторов и др.

4. Инвестиционные отношения, осложнённые иностранным элементом, могут возникать не только в случае участия в таких отношениях иностранных лиц, но и при вложении (перемещении) инвестиций из-за границы отечественными лицами, а также при совершении ими за пределами Российской Федерации сделок по вложению инвестиций. В этой связи квалификация инвесторов и осуществляемых ими инвестиций в качестве иностранных с использованием гражданства физического лица и места учреждения организации для определения национальности и личного статуса физических и юридических лиц представляется недостаточной и требует дополнительного обращения к иным критериям — постоянного места жительства или нахождения, места осуществления основной деятельности, места нахождения объекта инвестиционной деятельности, места заключения инвестиционного договора, а также контроля, которые позволяют более точно установить связь элементов возникшего инвестиционного правоотношения с территорией принимающего или иностранного государства.

5. Несмотря на использование в международных договорах и национальном праве различных формулировок, правовой режим инвестиций для иностранных инвесторов как предусмотренный нормами права порядок осуществления инвестиционной деятельности должен быть одним и представлять собой национальный режим с изъятиями стимулирующего и ограничительного характера в виде: а) дополнительно установленных международно-правовых гарантий; б) требований национального законодательства по допуску иностранных лиц к осуществлению инвестиционной деятельности. При этом первые из них следует предоставлять в отношении капи-

таловложений — инвестиций, вкладываемых в основной капитал в соответствии с национальным законодательством с учётом приоритетов, определяемых принимающим государством, и соответственно вносящих вклад в развитие экономики страны. В свою очередь вторые могут быть приняты при условии их соответствия международным договорам и предусматривать, в частности, разрешительный порядок совершения иностранными лицами сделок, влекущих участие таких лиц в хозяйственных обществах, имеющих стратегическое значение (в сфере обороны страны и безопасности государства), а также аккредитацию филиалов и представительств иностранных юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, осуществление которой по общему правилу следует возложить на Федеральную налоговую службу.

6. Инвестиционный договор представляет собой собирательную категорию, объединяющую различные договоры, которые возлагают на одну из сторон — инвестора — обязанность осуществить инвестиционную деятельность и выступают в качестве основного юридического факта в механизме гражданско-правового регулирования инвестиционных отношений. К ним следует относить только часть поименованных в ГК РФ договоров (например, купли-продажи ценных бумаг, финансовой аренды, строительного подряда и др.), а также иные (договор участия в долевом строительстве, договор о развитии застроенной территории, концессионное соглашение, СРП, соглашение об осуществлении деятельности в ОЭЗ и др.). Возникновение новых, непоименованных в ГК РФ, инвестиционных договоров связано с одновременным осуществлением стороной договора нескольких функций: инвестора, заказчика, подрядчика, пользователя и других субъектов. Исходя из этого выделены и подробно рассмотрены четыре разновидности двусторонних инвестиционных договоров (инвестор — заказчик, подрядчик, пользователь; инвестор, пользователь — заказчик, подрядчик; инвестор, заказчик, подрядчик — пользователь; инвестор, подрядчик — заказчик, пользователь). К инвестиционным отношениям, связанным с заключением, исполнением и прекращением инвестиционных договоров, подлежат применению нормы, предусматривающие различ-

ного рода гарантии и льготы для инвесторов, а возникающие при этом из таких правоотношений споры носят инвестиционный характер и потому могут, при соблюдении других установленных требований, разрешаться в МЦУИС.

7. Применимым правом к инвестиционным договорным отношениям, осложнённым иностранным элементом, может выступать не только национальное право определённого государства, но и избранная сторонами иная совокупность норм (международные договоры, общие принципы права, *lex mercatoria*, *ex aequo et bono* («по справедливости») и др.). При этом в целях защиты публичных интересов принимающего государства представляется необходимым в ряде случаев ограничить действие отдельных норм применимого иностранного права путём использования сверхимперативных норм (норм непосредственного применения) принимающего государства к инвестиционным отношениям, осложнённым иностранным элементом, в частности, к правам и обязанностям по инвестиционному договору (соглашению) между иностранным инвестором и принимающим государством, имеющему комплексный (межотраслевой) характер, например, к СРП и концессионным соглашениям, которые заключены и исполняются на территории Российской Федерации, что следует прямо предусмотреть как в действующем законодательстве, так и международных договорах о поощрении и взаимной защите капиталовложений.

8. Все многообразные формы принудительного изъятия имущества, влекущего не только формальное прекращение права собственности иностранного инвестора, но и невозможность осуществления им правомочий собственника, следует определять одним общим термином — экспроприацией, который в отличие от действующего российского законодательства получил широкое распространение в международном праве. При этом в целях формирования единообразия в толковании и применении государственными судами и международными коммерческими арбитражами норм права об экспроприации в заключаемых международных договорах и законодательстве Российской Федерации предлагается в качестве допустимых изъятий предусмотреть закрытый перечень действий при-

нимающего государства, не признаваемых экспроприацией (в частности, направленных на регулирование инвестиционной деятельности и связанных с установлением и исполнением императивных предписаний и санкций, которые при этом не должны носить дискриминационного характера), и исходя из принципа баланса (сочетания) интересов иностранного инвестора и принимающего государства ограничить на законодательном уровне в ряде случаев размер возмещения причинённых иностранному инвестору убытков (например, при проведении экспроприации в публичных целях, если она не носит дискриминационного характера; уничтожении иностранной собственности вооружёнными силами и властями государства, которое проводится в целях защиты общества и государства).

9. Нарушение принимающим государством международного договора, предусматривающего международно-правовые гарантии осуществления инвестиционной деятельности для иностранных лиц, должно рассматриваться как деликт, порождать возникновение внедоговорного обязательства между иностранным инвестором и принимающим государством и влечь за собой наступление гражданско-правовой ответственности такого государства в целом, в том числе за действия региональных и муниципальных органов власти и их должностных лиц, перед иностранным инвестором за причинение ему вреда. Такой подход основан на практике МЦУИС и имеет своей целью отказ государств иностранных инвесторов от реализации ими своего права на дипломатическую защиту и разрешение инвестиционных споров в частноправовой сфере, что позволяет в значительной мере упростить защиту прав и законных интересов иностранных инвесторов и тем самым обеспечить исполнение международных договоров, предусматривающих международно-правовые гарантии для иностранных инвесторов.

10. Действующие международные договоры, в первую очередь двусторонние, являющиеся в настоящее время основным источником международного инвестиционного права, в силу своей множественности, разрозненности, противоречивости и отсутствия детальной и чёткой регламентации не обеспечивают в полном объёме

необходимого международно-правового регулирования инвестиционных отношений, осложнённых иностранным элементом, в том числе с участием ТНК. Вместо государств как основных создателей норм международного права существующий пробел на международном уровне стал восполняться иными участниками, в частности, международными организациями и международными коммерческими арбитражами, допускающими применение в ряде случаев так называемого «мягкого права», включая «негосударственное регулирование», и иных создаваемых ими норм к инвестиционным отношениям при отсутствии соглашения сторон в качестве обычных норм права. Такое положение дел умаляет значение международного договора как основного источника международного права, не отвечает интересам принимающих государств и может угрожать их суверенитету. Вместе с тем в современных условиях развития международной инвестиционной деятельности, усиления процессов глобализации и интеграции национальных экономик и особой важности международно-правовых гарантий для иностранных инвесторов требуется принятие на многосторонней основе международного договора, обеспечивающего дальнейшую регламентацию инвестиционных отношений с участием иностранных лиц в рамках национальной правовой системы на основе положений Вашингтонской и Сеульской конвенций и других международных договоров в сфере инвестиционной деятельности.

11. Сформировавшаяся в настоящее время в Российской Федерации, относительно обособленная и значительная по своему объёму совокупность актов законодательства, регулирующих инвестиционные отношения, — инвестиционное законодательство является не структурированным, внутренне противоречивым, зачастую не согласующимся с международными договорами и отраслевыми актами (кодексами) российского законодательства, содержит многочисленные пробелы в регулировании инвестиционных отношений и не обеспечивает необходимую гармонизацию норм частного и публичного права. Оно демонстрирует свойства комплексной отрасли законодательства и подлежит систематизации, предусматривающей принятие качественно обновлённых специальных законодательных

положений в отдельных сферах инвестиционной деятельности, требующих установления дополнительных мер стимулирующего и ограничительного характера для инвесторов (в первую очередь, касающихся гарантий осуществления инвестиционной деятельности, участия публично-правовых образований в инвестиционных отношениях, специальных договорных форм осуществления инвестиционной деятельности, создания и функционирования особых экономических зон (ОЭЗ) и т.д.), что позволит: а) создать стройную систему и должное согласование общетраслевых и специальных нормативных правовых актов, определяющих порядок ведения инвестиционной деятельности; б) исключить излишнее дублирование в регулировании одних и тех же инвестиционных отношений разными специальными федеральными законами; в) последовательно обеспечить предоставление национального режима иностранным инвесторам; г) освободить инвестиционное законодательство от устаревших и не оправдавших себя норм; д) осуществить дальнейшую детальную регламентацию инвестиционных отношений в рамках сложившейся системы действующего законодательства и т.д.

12. Присоединение Российской Федерации к Вашингтонской конвенции путём её ратификации должно быть осуществлено с учётом интересов Российской Федерации во избежание предъявления против неё необоснованных исков в МЦУИС. Для этого, в частности, необходимо: а) воспользоваться оговоркой, предусмотренной Вашингтонской конвенцией, и отнести к компетенции МЦУИС только такие инвестиционные споры с участием Российской Федерации, которые возникают в связи с осуществлением капиталовложений, вносящих вклад в развитие экономики страны (с определением исчерпывающего перечня таких инвестиций); б) установить основания для освобождения и ограничения размера выплачиваемой принимающим государством компенсации; в) исключить из сферы действия режима наибольшего благоприятствования юрисдикционные вопросы, касающиеся, в первую очередь, согласия Российской Федерации на рассмотрение инвестиционных споров с участием иностранных лиц в МЦУИС и иных международных коммер-

ческих арбитражах; г) принять федеральный закон об иммунитете государства и его собственности; д) провести предлагаемую автором систематизацию действующего инвестиционного законодательства Российской Федерации, которая позволит повысить конкурентоспособность отечественного национального права, снизить некоммерческие риски и тем самым создать необходимые условия правового характера для активизации инвестиционной деятельности как российскими, так и иностранными лицами.

Теоретическая и практическая значимость исследования. Теоретическое значение диссертации состоит в том, что она содержит концептуальные положения (в том числе выносимые на защиту), позволяющие получить всестороннее представление о гражданско-правовом механизме регулирования инвестиционных отношений, осложнённых иностранным элементом, а также о закономерностях его возникновения и развития. Выводы и рекомендации автора обладают необходимым теоретико-методологическим и научно-практическим потенциалом для дальнейшего развития мировоззренческих основ международного частного, гражданского, предпринимательского права, других юридических наук и открывают новые возможности для использования принципиально новых (помимо договоров, предусмотренных действующим ГК РФ) договорных форм осуществления инвестиционной деятельности.

Материалы диссертации могут использоваться при разработке и заключении международных договоров Российской Федерации (в том числе в рамках СНГ, Таможенного союза и Единого экономического пространства), принятии федеральных законов, законов субъектов Российской Федерации и муниципальных правовых актов, регулирующих инвестиционные отношения, непосредственном заключении концессионных соглашений, СРП и иных договоров с участием инвесторов, что позволит обеспечить достижение оптимального правового регулирования инвестиционных отношений с использованием частно- и публично-правовых средств и тем самым создать необходимые в условиях модернизации отечественной экономики правовые основы для активизации инвестиционных процессов в Российской Федерации.

Апробация результатов исследования. Диссертация подготовлена в секторе гражданского права и процесса Института философии и права Сибирского отделения Российской академии наук, где проведено её рецензирование и обсуждение. Основные положения и выводы диссертации были:

1) опубликованы в пяти монографиях, а также в юридических журналах и сборниках;

2) использованы в учебно-методических пособиях (практикумах) «Международное частное право» и «Гражданское право»;

3) изложены на международных (г. Киев, 2013 г.; г. Алматы, 2012 г.; г. Москва, 2012 г.; г. Кемерово, 2012 г.; г. Москва, 2011 г.; г. Екатеринбург, 2011 г.; г. Челябинск, 2011 г.; г. Караганда, 2010 г.; г. Москва, 2009 г.; г. Ереван, 2009 г.; г. Алматы, 2009 г.; г. Баку, 2008 г.; г. Омск, 2007 г.; г. Сочи, 2006 г.; г. Тюмень, 2005 г.), все-российских (г. Москва, 2012; г. Тюмень, 2008 г.; г. Омск, 2008 г.; г. Тюмень, 2007 г.; г. Томск, 2002 г.; г. Новосибирск, 2000 г.), межрегиональных и региональных (г. Новосибирск, 2007 г. и 2002 г.; г. Кемерово, 2005 г.; г. Омск, 2004 г.; г. Барнаул, 2001 г.) научно-практических конференциях и семинарах;

4) использованы при преподавании дисциплин «Гражданское право», «Международное частное право» и «Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности» на юридическом и экономическом факультетах Новосибирского национального исследовательского государственного университета.

Структура диссертации соответствует логике научного исследования, определена его целями и задачами. Она состоит из введения, пяти глав, раскрывающих основные элементы механизма гражданско-правового регулирования инвестиционных отношений, осложнённых иностранным элементом, заключения и приложения.

СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во введении обосновывается актуальность темы, определяются цель, задачи, объект, предмет и методы исследования, теоретическая, нормативная и эмпирическая основы диссертации, раскрыва-

ются степень её научной разработанности и научная новизна, а также демонстрируется апробация результатов работы на практике.

Глава 1 «Теоретико-методологические основы нормативно-го регулирования инвестиционных отношений, осложнённых иностранным элементом» содержит пять параграфов. В **первом параграфе**, посвящённом становлению и развитию правового регулирования инвестиционных отношений, осложнённых иностранным элементом, отмечается, что возникновение инвестиций как имущества частного лица, вкладываемого в средства производства (капитал), было связано с переходом от феодальной к капиталистической системе хозяйствования. Поскольку активный вывоз капитала в другие страны стал осуществляться только в конце XIX в. — начале XX в., рассмотрение истории формирования норм права, предназначенных для регулирования иностранных инвестиций, по мнению диссертанта, следует вести именно с этого времени.

В отличие от других учёных, исследовавших различные этапы такой регламентации, за основу периодизации автором предложен один критерий, имеющий правовое значение, — степень урегулирования инвестиционных отношений на международном и национальном уровнях, которая может быть раскрыта через: а) наличие или отсутствие многосторонних и двусторонних международных договоров, специального законодательства в области иностранных инвестиций; б) сферу действия таких договоров и национального законодательства; в) степень либерализации международно- и национально-правового регулирования инвестиционных отношений; г) виды источников, в которых преимущественно содержатся нормы, регулирующие инвестиционные отношения; д) правовые формы осуществления иностранных инвестиций; е) гарантии, установленные международным и национальным правом для иностранных инвесторов; ж) порядок защиты прав иностранных инвесторов.

В результате признано целесообразным различать пять этапов в развитии правового регулирования иностранных инвестиций: а) период с конца XIX в. до Второй мировой войны; б) период 1945–1970 гг.; в) период 1970-х гг. — период энергетического кризиса; г) период 1980–1990-х гг.; д) современный период. В свою

очередь история национально-правового регулирования инвестиционных отношений в Российской Федерации включает в себя: а) дореволюционный период; б) период 1920-х гг. — период нэпа; в) период 1930–1950-х гг. — период отказа от рыночной экономики; г) период 1960–1980-х гг. — период международной специализации и кооперирования производства стран — членов СЭВ; д) период 1990-х гг. — период рыночных преобразований; е) современный период, в течение которого на законодательном уровне была окончательно сформирована правовая основа для осуществления инвестиционной деятельности в Российской Федерации.

Исследуя во **втором параграфе** источники правового регулирования инвестиционных отношений, осложнённых иностранным элементом, на современном этапе, диссертант указывает на их разнообразие. В частности, на международном уровне заключено множество многосторонних и двусторонних международных договоров, среди которых следует особо выделить такие три универсальные (всеобщие) конвенции, как: Вашингтонская конвенция, Сеульская конвенция и Договор к Энергетической хартии 1994 г., касающиеся однако ограниченного круга вопросов: рассмотрения инвестиционных споров, страхования иностранных инвесторов, а также поощрения и защиты инвестиций в энергетическом секторе. При этом Российская Федерация присоединилась к Сеульской конвенции, подписала, но пока не ратифицировала Вашингтонскую конвенцию, а в 2009 г. приняла решение не становиться участником Договора к Энергетической хартии 1994 г.¹⁴ В рамках создаваемых экономических союзов государств (СНГ, ЕврАзЭС и др.) зачастую действуют региональные международные договоры в области инвестиционной деятельности. К ним, к примеру, относится Соглашение о торговле услугами и инвестициях в государствах — участниках Единого экономического пространства от 9 декабря 2010 г.¹⁵ Однако наибольшую часть международных договоров, регулирующих иностранные

¹⁴ См.: Распоряжение Правительства Российской Федерации от 30 июля 2009 г. № 1055-р «О намерении Российской Федерации не становиться участником Договора к Энергетической хартии» // СЗ РФ. — 2009. — № 32. — Ст. 4053.

¹⁵ СЗ РФ. — 2012. — № 4. — Ст. 453.

инвестиции, составляют двусторонние договоры о поощрении и взаимной защите капиталовложений.

На уровне международных организаций (ООН, Всемирного банка, ОЭСР, МТП и др.) приняты акты, относящиеся к так называемому «мягкому праву», за которым автор, в отличие от других учёных (В. Cheng, R. Dolzer и др.), не признаёт характер международного обычая и обязательной юридической силы. В качестве регулятора договорных инвестиционных отношений, осложнённых иностранным элементом, в ряде случаев стал применяться *lex mercatoria*. Значительно повысилась роль международных коммерческих арбитражей, в первую очередь МЦУИС, в создании норм права, регулирующих инвестиционные отношения между иностранными лицами и принимающими государствами. Такое положение дел, по мнению диссертанта, умаляет значение международного договора как основного источника международного права и не отвечает интересам государств и может угрожать их суверенитету.

Несмотря на важность международного инвестиционного права основным в системе регулирования рассматриваемых отношений на современном этапе продолжает оставаться национальное право принимающего государства. Так, в Российской Федерации, действуют отраслевые кодификационные и иные законодательные акты общего характера, а также специальные федеральные законы, непосредственно регулирующие инвестиционные отношения. К последним относятся федеральные законы от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции»¹⁶, от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений», от 5 марта 1999 г. № 46-ФЗ «О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг»¹⁷, от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», от 30 декабря 2004 г. № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изме-

¹⁶ СЗ РФ. — 1996. — № 1. — Ст. 18.

¹⁷ СЗ РФ. — 1999. — № 10. — Ст. 1163.

нений в некоторые законодательные акты Российской Федерации»¹⁸, от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»¹⁹, от 22 июля 2005 г. № 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации»²⁰ и др.

На уровне субъектов Российской Федерации и муниципальных образований приняты законы субъектов Российской Федерации и решения представительных органов местного самоуправления о государственной и муниципальной поддержке инвестиционной деятельности. Все они в совокупности с законодательными актами Российской Федерации устанавливают формы и порядок поддержки инвесторов со стороны органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления, а также дают дополнительные гарантии для осуществления инвестиционной деятельности на территории субъектов Российской Федерации и муниципальных образований. Кроме того, на региональном уровне получило распространение законодательное регулирование вопросов государственно-частного партнёрства.

В **третьем параграфе** диссертант исследует соотношение и взаимодействие норм международного и национального права в системе правового регулирования инвестиционных отношений, осложнённых иностранным элементом, и приходит к выводу о том, что содержащиеся в различных источниках (многосторонних и двусторонних международных договорах, нормативных правовых актах, обычаях, документах международных организаций и т.д.) и отличающиеся друг от друга по своей правовой природе и юридической силе нормы осуществляют своё регулирующее воздействие на инвестиционные отношения, осложнённые иностранным элементом, в рамках национальной правовой системы, включающей применение с согласия принимающего государства других, помимо национальных, норм права (международных договоров, иностранного права, обычаев, *lex mercatoria* и т.д.). Это касается также отношений между иностранным инвестором и принимающим госу-

¹⁸ СЗ РФ. — 2005. — № 1. — Ст. 40.

¹⁹ СЗ РФ. — 2005. — № 30. — Ст. 3126.

²⁰ СЗ РФ. — 2005. — № 30. — Ст. 3127.

дарством или международной организацией, возникающих вследствие заключения между ними внешнеэкономического договора или внедоговорного причинения вреда иностранному инвестору.

В этой связи диссертант опровергает получившее в последние годы, причём преимущественно в зарубежной литературе, мнение о международно-правовом характере таких отношений и о возможности возложения на принимающее государство международной ответственности (К. Хобер и др.). Не соглашается автор и с существованием так называемых диагональных отношений (М. Хофманн и др.). Представляется, что вовлечение иностранных инвесторов и принимающих государств в арбитражное разбирательство, в том числе в МЦУИС, и применение норм международного права не меняют характер существующего между участниками инвестиционного спора правоотношения. Возникшее вследствие причинения вреда правоотношение между ними имеет обязательственно-правовой характер, а сама ответственность принимающего государства перед иностранным инвестором является гражданско-правовой. Последняя выражается в обязанности выплатить компенсацию (возместить вред), которая может присуждаться не только национальными судами, но и международными коммерческими арбитражами.

Обосновывается положение о том, что установление субъективных прав и юридических обязанностей иностранного инвестора и принимающего государства в рамках международного публичного (межгосударственного) правоотношения не позволяет обеспечить их надлежащую реализацию внутри национальной правовой системы, включая признание и приведение в исполнение на территории принимающего государства судебных и арбитражных решений, вынесенных за его пределами. Именно по этой причине предложенные многими международными организациями (ОЭСР, МТП и др.) акты, направленные на регулирование иностранных инвестиций, в которых такие участники выступают на равных началах как субъекты международного публичного права, носят декларативный и рекомендательный характер и не в состоянии стать полноценными действенными нормами международного инвестиционного права.

В четвёртом параграфе, задаваясь вопросом о месте международного инвестиционного права в системе правового регулирования инвестиционных отношений, осложнённых иностранным элементом, диссертант не мог обойти стороной дискуссионный вопрос о правовой природе международного частного права. В результате исследования он подверг критике получивший наибольшее распространение в отечественной юридической науке подход, признающий международное частное право в качестве части национального права (М.М. Богуславский, М.И. Брагинский, В.П. Звеков, Л.А. Лунц, И.С. Перетерский, Е.А. Суханов и др.) и пришёл к выводу, что международное инвестиционное право, так же как и международное частное право, исходя из своего смыслового понимания, указывающего на международный характер права, а не отношений, им регулируемых, должно состоять только из норм международного права и входить в систему международного права; при этом оно подлежит включению с согласия государства в его национальную правовую систему, но не в систему национального права, и, как следствие, применению наряду с гражданским, административным и иными отраслями внутригосударственного права. Совокупность норм международного и национального права, иных норм права, санкционированных государством и регламентирующих осложнённые иностранным элементом отношения с участием частных лиц, по мнению автора, необходимо рассматривать как межсистемное правовое образование, сформированное в результате объединения норм права, имеющих разное происхождение (правовую природу), и именовать его иным обозначением (к примеру, транснациональное право, внешнеэкономическое право и т.п.), более точно отражающим его сущность.

В работе показано, что, несмотря на формирование международного инвестиционного права в рамках международной правовой системы и повышение его роли среди других регуляторов, оно в настоящее время не обеспечивает в полном объёме необходимого международно-правового регулирования инвестиционных отношений, осложнённых иностранным элементом, в том числе с участием ТНК. При этом диссертант не соглашается с мнением ряда учёных

(P. Sella и др.) о необходимости совершенствования в этой связи лишь двусторонних международных договоров о поощрении и взаимной защите капиталовложений и обосновывает целесообразность заключения и применения в современных условиях развития международной инвестиционной деятельности, усиления процессов глобализации и интеграции национальных экономик и особой важности международно-правовых гарантий для иностранных инвесторов многостороннего международного договора, обеспечивающего дальнейшую регламентацию инвестиционных отношений с участием иностранных лиц в рамках национальной правовой системы на основе положений Вашингтонской и Сеульской конвенций и других международных договоров в сфере инвестиционной деятельности, что позволит: а) создать единые унифицированные нормы международного инвестиционного права; б) привести их в стройную систему; в) устранить противоречия и заполнить пробелы; г) нормативно закрепить действующие обычные нормы международного права и применяемую международными коммерческими арбитражами сложившуюся практику по инвестиционным спорам и т.д.

В пятом параграфе при исследовании места российского инвестиционного законодательства в системе российского законодательства диссертант указывает на единство мнений учёных о комплексном (межотраслевом) характере правового регулирования инвестиционных отношений (А.Г. Богатырёв, Н.Г. Доронина, А.В. Киринов, М.И. Кулагин, А.В. Майфат, С.П. Мороз и др.), отмечая, что дискуссия в науке ведётся лишь в отношении существования комплексных отраслей права как таковых.

По мнению автора, инвестиционное законодательство формируется в основном в результате принятия специальных законов, регулирующих инвестиционные отношения и содержащих одновременно нормы частного и публичного права, которые при этом не меняют своей отраслевой принадлежности вследствие их объединения в таких актах. Диссертант критикует использование в действующем законодательстве для обозначения рассматриваемой совокупности законодательных актов несколько разных наименований и предлагает для этого один термин — инвестиционное законодательство,

который в большей степени соответствует уже устоявшимся наименованиям других отраслей российского законодательства: гражданское, бюджетное, трудовое и т.д.

Формирование инвестиционного законодательства как комплексной отрасли законодательства требует проведения работы по упорядочению целого массива разнообразных нормативных актов, регламентирующих порядок осуществления инвестиционной деятельности, и принятию качественно обновлённых специальных законодательных положений в отдельных сферах инвестиционной деятельности, требующих установления дополнительных мер стимулирующего и ограничительного характера для инвесторов. В первую очередь это касается гарантий осуществления инвестиционной деятельности, участия публично-правовых образований в инвестиционных отношениях, специальных договорных форм осуществления инвестиционной деятельности, создания и функционирования ОЭЗ и т.д.

По мнению диссертанта, дальнейшее совершенствование инвестиционного законодательства Российской Федерации, тем не менее, не может быть ограничено принятием одних лишь поправок в уже существующие законодательные акты в силу ряда причин. Во-первых, в настоящее время действуют сразу несколько разных федеральных законов, например об ОЭЗ, регулирующих одни и те же инвестиционные отношения. Во-вторых, в связи с предоставлением иностранным инвесторам национального режима в Российской Федерации существование специального федерального закона об иностранных инвестициях одновременно с иными федеральными законами, определяющими порядок осуществления инвестиционной деятельности российскими гражданами и юридическими лицами, представляется нецелесообразным. В-третьих, в основу многих действующих законодательных актов была положена преимущественно административно-правовая концепция, которая недооценивает ведущую роль гражданского права в регулировании инвестиционных отношений. Как следствие, цели, предмет и сфера регулирования таких актов должны быть пересмотрены, а их положения наполнены новым содержанием.

Предлагаемая автором систематизация, напротив, позволит:

- а) создать стройную систему и должное согласование общеотраслевых и специальных нормативных правовых актов, определяющих порядок ведения инвестиционной деятельности;
- б) исключить излишнее дублирование в регулировании одних и тех же инвестиционных отношений разными специальными федеральными законами;
- в) последовательно обеспечить предоставление национального режима иностранным инвесторам;
- г) освободить инвестиционное законодательство от устаревших и не оправдавших себя норм;
- д) осуществить дальнейшую детальную регламентацию инвестиционных отношений в рамках сложившейся системы действующего законодательства и т.д.

Глава 2 «Инвестиционные правоотношения, осложнённые иностранным элементом» включает пять параграфов. В **первом параграфе** при исследовании категории инвестора в международном и национальном праве, который выступает в качестве обязательного субъекта инвестиционного правоотношения, диссертант подвергает критике предлагаемый в юридической науке подход, наделяющий предпринимательским статусом лиц, осуществляющих вложение инвестиций (В.А. Бублик, А.В. Майфат и др.), и по результатам системного анализа положений международных договоров и действующего законодательства приходит к выводу о том, что ключевым моментом при квалификации инвестиционной деятельности выступает не субъект, а характер осуществляемой им деятельности. Как следствие, инвесторами могут быть любые физические и юридические лица, которые осуществляют вложение инвестиций. Иные лица (заказчики, подрядчики, пользователи и т.д.) являются его контрагентами, которые противостоят инвестору в инвестиционном правоотношении.

Диссертант не соглашается с положениями действующего законодательства, признающими органы государственной власти и органы местного самоуправления и создаваемые на основе договора о совместной деятельности и не имеющие статуса юридического лица объединения юридических лиц в качестве инвесторов, доказывая, что участниками гражданских правоотношений должны выступать

Российская Федерация, субъекты Российской Федерации и муниципальные образования, а также непосредственно сами юридические лица, входящие в состав вышеназванных объединений. Неоправданным представляется и предусмотренное в действующем законодательстве требование к иностранному инвестору, заключающееся в том, что он должен обладать в соответствии с его личным статутом правом на осуществление инвестиций на территории Российской Федерации.

В диссертации также указывается на отсутствие необходимого международно-правового регулирования инвестиционных отношений с участием ТНК, которые осуществляют свою деятельность на территории нескольких государств и представляют собой единое экономическое целое. Имеется лишь несколько актов, которые не обладают обязательной юридической силой (например, Руководство ОЭСР для многонациональных предприятий (в редакции 2011 г.)). Что касается юридической науки, то в ней не достигнуто не только единое понимание сущности ТНК, но и согласие на использование общепризнанного термина для их обозначения.

Диссертантом предложен свой взгляд на данную проблему, заключающийся в том, что рассмотрение ТНК как группы юридических лиц (Л.П. Ануфриева, М.М. Богуславский, Я.В. Кривой, Л.А. Ляликова и др.) в большей степени отражает экономическую и юридическую сущность этого явления. Однако при этом следует использовать другой термин — транснациональная группа. В свою очередь, материнскую организацию представляется более правильно именовать транснациональной организацией.

Автор соглашается с точкой зрения о том, что оптимальным источником правового регулирования деятельности ТНК является многосторонний международный договор (А.Г. Богатырёв, А.А. Fatouros, I. Seidl-Hohenveldern и др), указывая на необходимость включения в него унифицированных материально-правовых, а не коллизионных норм. Установление одним государством на своей территории специального контроля в отношении подконтрольных ТНК юридических лиц не в состоянии изменить поведение ТНК в целом. В предлагаемом международном договоре, по

мнению диссертанта, необходимо, в частности, дать определение ТНК, установить права и обязанности таких юридических лиц по осуществлению деятельности на территории различных государств в рамках национальной, а не международной правовой системы, предусмотрев, в частности, признание ТНК в качестве консолидированной группы налогоплательщиков, ведение ТНК сводного (консолидированного) учёта, отчётности и баланса, возложение солидарной ответственности на всех лиц, входящих в группу ТНК, по их обязательствам, возникшим в результате участия в деятельности ТНК, а также порядок международной регистрации ТНК.

Противоречивый и бессистемный характер, по мнению автора, также носят правила об аккредитации иностранных юридических лиц при осуществлении ими инвестиционной деятельности на территории Российской Федерации. Во-первых, в настоящее время такая процедура необоснованно распространяется лишь на филиалы и не касается представительств иностранных юридических лиц. Во-вторых, правом осуществлять предпринимательскую деятельность на территории Российской Федерации следует наделить само юридическое лицо, а не его структурное подразделение — филиал или представительство. В-третьих, полномочием по аккредитации должен обладать федеральный орган исполнительной власти — по общему правилу Федеральная налоговая служба.

При исследовании категории инвестиции во **втором параграфе** диссертант приходит к выводу об отсутствии единого и достаточно чёткого её понимания в международном и национальном праве. Содержащиеся в многочисленных международных договорах и специальных федеральных законах определения не совпадают по своему содержанию и препятствуют тем самым эффективной реализации и защите прав и законных интересов инвесторов. Представленные в юридической науке воззрения во многом основываются на позиции законодателя, зачастую оперируют экономическими, а не юридическими категориями и также отличаются широким разнообразием.

В частности, согласно одной из них (А.Г. Богатырёв, С.С. Жилинский, И.Н. Лебединец, С.П. Мороз, П.В. Сокол и др.)

инвестиция — это объект гражданских прав, вкладываемый в объект инвестиционной деятельности. Другая теория рассматривает инвестицию как процесс (вложение, перевод, иную деятельность) по перемещению имущественных, интеллектуальных и иных ценностей (В.В. Бочаров, А.В. Ведерников, М.С. Евтеева, А.В. Кирин, Л. Шерстнёва и др.). Согласно ещё одной теории, под инвестициями следует понимать конкретные инвестиционные правоотношения, возникающие между предпринимателями и связанные с размещением капитала и несением риска (О.М. Антипова и др.).

Диссертант критически оценивает каждую из теорий и приходит к выводу о том, что инвестиция представляет собой объект гражданских прав, причём не любой, а только вещь или иное имущество, в том числе имущественные права. Поскольку вкладываться могут лишь объекты, которые не изъяты из гражданского оборота и способны отчуждаться в результате совершения сделок, инвестициями не могут быть работы и услуги как таковые, нематериальные блага, неимущественные права, а также интеллектуальная собственность. В последнем случае физические и юридические лица — правообладатели — имеют право передать или предоставить те или иные имущественные права (статья 1233 ГК РФ). Поэтому в качестве инвестиции выступают именно они, а не сами объекты интеллектуальной собственности. Кроме того, автор не соглашается с законодателем, который допускает возможным существование в качестве инвестиций помимо имущественных прав так называемых «иных прав, имеющих денежную оценку».

В этой связи, по мнению автора, следует проводить различие между вкладом в общее дело и вкладом в имущество участников простого товарищества. Последний представляет собой инвестицию, которая вносится в объект инвестиционной деятельности. Неимущественные права, профессиональные и иные знания, навыки и умения, а также деловая репутация могут вноситься в общее дело простого товарищества, но не общее его имущество, а размер доли каждого из товарищей в общем имуществе товарищей должен определяться пропорционально стоимости внесённых ими вкладов в общее имущество, а не дело.

Третий параграф посвящён инвестиционной деятельности как таковой, её объекту и правовым формам осуществления. В отличие от дефиниций, предусмотренных в действующем законодательстве Российской Федерации и игнорирующих использование категориального аппарата цивилистической науки, а также научных взглядов разных учёных, диссертант приходит к выводу о том, что понятия «инвестиционная деятельность», «вложение инвестиций» и «инвестирование» с юридической точки зрения должны рассматриваться как синонимы и представлять собой в первую очередь заключение различного рода сделок, порождающих возникновение, изменение и прекращение гражданских отношений обязательственно-правового характера, которые опосредуют вложение инвестиций. Многообразные практические действия по подготовке и реализации инвестиционного проекта, не имея какого-либо юридического значения для наступления гражданско-правовых последствий, не влияют на содержание инвестиционного правоотношения и потому их включение в содержание легальной дефиниции инвестиционной деятельности представляется излишним. В свою очередь понятие «инвестиционный процесс», используемое экономической наукой и рассматриваемое ею довольно широко — как процесс, включающий в себя различные действия, начиная с создания основных фондов и заканчивая их эксплуатацией, также не несёт самостоятельной смысловой нагрузки для права и его использование в качестве самостоятельного гражданско-правового понятия является нецелесообразным.

Раскрывая юридическую сущность объекта инвестиционной деятельности, диссертант считает необходимым рассматривать его как объект гражданских прав, принадлежащий инвестору вследствие совершения им сделки по вложению инвестиции и способный принести ему доход. Это могут быть только вещи и иное имущество (за исключением денежных средств в национальной валюте). С экономической точки зрения, они представляют собой основные средства (здания, машины, оборудование и т.д.), нематериальные активы (имущественные права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации и др.), запасы (сырьё, ма-

териалы, затраты в незавершённом производстве, готовая продукция и т.д.) и финансовые активы (имущественные права, возникающие в связи с участием в уставных (складочных) капиталах (паевых фондах) коммерческих организаций, а также с внесением банковских вкладов, предоставлением займов и кредитов и т.д.). Поскольку в качестве объекта инвестиционной деятельности могут выступать не только основные средства, но и иное имущество, капиталовложения (как инвестиции, вкладываемые в основные средства) следует рассматривать как разновидность инвестиций.

Цель использования объекта инвестиционной деятельности может быть различной: как получение прибыли, так и достижение иного полезного эффекта. При этом она определяется конкретными инвесторами и потому не может рассматриваться в качестве конститутивного признака инвестиционной деятельности, как полагают многие учёные (В.А. Бублик, А.А. Горягин, В.Н. Кокин, А.В. Майфат, Ю. Свирин, С.Н. Schreuer и др.). Представляется, что главной характеристикой объекта инвестиционной деятельности выступает его способность приносить доход инвестору в будущем в результате получения причитающихся денежных сумм или последующей перепродажи.

В результате диссертант приходит к выводу о необходимости использования следующих юридических признаков (критериев), позволяющих отграничить отношения по вложению инвестиций от других гражданско-правовых отношений:

1) наличие инвестиции — объекта гражданских прав (вещей, иного имущества, в том числе имущественных прав), не изъятого из гражданского оборота, принадлежащего инвестору и подлежащего вложению в объект инвестиционной деятельности;

2) наличие объекта инвестиционной деятельности — объекта вложения (имущества, за исключением денежных средств в национальной валюте), который может принести доход инвестору в будущем;

3) наличие сделки по вложению инвестиции в объект инвестиционной деятельности.

В четвёртом параграфе проведена дифференциация инвестиционных правоотношений с участием иностранных физических и юридических лиц, которая позволила диссертанту выделить две группы — основных (главных) и дополнительных (вспомогательных) инвестиционных правоотношений. При этом первая из них охватывает договорные и иные гражданские правоотношения между инвесторами и другими субъектами гражданского права, которые опосредуют вложение инвестиций (собственно инвестиционные правоотношения), а другая — представлена иными гражданскими, а также административными и финансовыми правоотношениями между инвесторами и уполномоченными органами власти, в рамках которых обеспечивается соблюдение установленных ограничений (требований) и предоставление стимулирующих средств для инвесторов.

Устанавливая связь между различными видами инвестиционных правоотношений, диссертант доказывает ведущую роль гражданского права в правовой регламентации вложения инвестиций, которое гарантирует свободу инвестиционной деятельности, юридическое равенство и автономию воли иностранных инвесторов, принимающего государства и иных участников внешнеэкономического оборота. Вступление инвестора в публично-правовые инвестиционные отношения всегда обуславливается уже возникшим или будущим гражданским правоотношением по инвестированию вследствие совершения сделки и осуществляется на основании уже других юридических фактов.

На примере инвестиционной деятельности на рынках недвижимости и производных финансовых инструментов — деривативов диссертант приходит к выводу, что в настоящее время правовое регулирование инвестиционных отношений не отражает всей её специфики, содержит многочисленные противоречия и пробелы в части установления необходимых договорных форм, прав и обязанностей инвесторов и их контрагентов и т.д., и, как следствие, требует расширения регулятивного воздействия на инвестиционные отношения посредством использования как диспозитивных, так и императивных норм.

В пятом параграфе отмечается, что инвестиционные отношения, осложнённые иностранным элементом, могут возникать не только в случае участия в таких отношениях иностранных лиц, но и при перемещении инвестиций из-за границы отечественными лицами, а также при совершении ими за пределами Российской Федерации сделок по вложению инвестиций. Поэтому в отличие от распространённого в праве и юридической науке подхода, признающего инвестиции в качестве иностранных в зависимости от национальности инвестора, их осуществляющего, под иностранными инвестициями могут также пониматься инвестиции, вкладываемые не только иностранными инвесторами, но и гражданами принимающего государства и созданными по его праву юридическими лицами, которые, в частности, передают (перемещают) объекты гражданских прав, находящиеся за границей, для их вложения в объекты инвестиционной деятельности на территории Российской Федерации.

Диссертант также приходит к выводу о том, что использование традиционных в отечественном международном частном праве критериев гражданства и места инкорпорации при определении личного закона физического или юридического лица не позволяет зачастую точно установить происхождение инвестиций и связь элементов возникшего инвестиционного правоотношения с территорией принимающего или иностранного государства. В этой связи предлагается наряду с ними использовать дополнительные требования места жительства или нахождения и осуществления основной деятельности инвестора, а также предусмотреть в международных договорах Российской Федерации критерий иностранного контроля в отношении организаций, учреждённых на территории принимающего государства.

Автор соглашается с точкой зрения о недостаточной проработанности действующего Федерального закона от 29 апреля 2008 г. № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства»²¹ для це-

²¹ СЗ РФ. — 2008. — № 18. — Ст. 1940.

лей его применения (Н.Н. Вознесенская и др.) и полагает более правильным предусмотреть разрешительный порядок совершения любых сделок, влекущих изменение состава участников хозяйственных обществ, или вообще ограничить участие граждан и юридических лиц (кроме государственных унитарных предприятий) в определённых сферах деятельности, затрагивающих оборону и безопасность. Иначе государство может потерять контроль над данными хозяйственными обществами и допустить «утечку» секретной информации за границу.

Глава 3 «Правовой режим и гарантии осуществления деятельности иностранных инвесторов» включает четыре параграфа. В первом параграфе раскрываются особенности правового режима деятельности иностранных инвесторов, которые, по мнению диссертанта, заключаются, прежде всего, в установлении принимающим государством в отношении указанных лиц дополнительных по сравнению с национальными инвесторами ограничений и преференций в инвестиционной сфере.

Несмотря на то, что такой режим в договорной практике государств может принимать разнообразные формы (режим наибольшего благоприятствования, справедливый и равный режим, минимальный международный стандарт, режим недискриминации и т.д.), диссертант приходит к выводу о том, что сам правовой режим как порядок приобретения и реализации иностранным лицом своих прав и обязанностей может быть только одним, а все указанные выше виды по своему содержанию в конечном счёте сводятся к национальному режиму. Соглашаясь с необходимостью установления последнего, автор полагает принципиально важным при этом создать равные условия для вложения инвестиций российскими и иностранными лицами из разных государств в отечественную экономику и в этой связи считает нецелесообразным существование специального федерального закона об иностранных инвестициях одновременно с иными законодательными актами, регулирующими одни и те же инвестиционные отношения.

Как показал анализ положений международных договоров и действующего законодательства Российской Федерации, нацио-

нальный режим для иностранных инвесторов может содержать ряд изъятий стимулирующего и ограничительного характера. Однако, по мнению диссертанта, они должны быть представлены лишь в виде дополнительно установленных международно-правовых гарантий в отношении инвестиций, вкладываемых в основной капитал с учётом приоритетов, определяемых принимающим государством, и соответственно вносящих вклад в развитие экономики страны, а также требований национального законодательства по допуску иностранных лиц к осуществлению инвестиционной деятельности.

Получивший широкое распространение в двусторонних международных договорах о поощрении и взаимной защите капиталовложений режим наибольшего благоприятствования также имеет ряд исключений (в частности, в связи с участием в зоне свободной торговли, таможенном или экономическом союзе, соглашениях об избежании двойного налогообложения и др.). В целях защиты интересов Российской Федерации и формирования единообразной судебной и международной арбитражной практики к ним было предложено отнести и юрисдикционные вопросы, касающиеся, в первую очередь, согласия Российской Федерации на рассмотрение инвестиционных споров с участием иностранных лиц в МЦУИС и иных международных коммерческих арбитражах.

Во **втором параграфе** раскрывается соотношение свободы осуществления инвестиционной деятельности и принципа баланса (сочетания) интересов иностранного инвестора и принимающего государства. Отмечается, что вложение иностранных инвестиций на территории принимающего государства возможно только в том случае, когда иностранные инвесторы обладают необходимой свободой и проявляют инициативу в сфере гражданского оборота. Содержание данного принципа можно выразить через общее правило: «Разрешено всё, что не запрещено законом». На основе системного анализа норм международного права и положений действующего законодательства Российской Федерации диссертант приходит к выводу о том, что свобода инвестиционной деятельности как абстрактная возможность (способность) вложения инвестиций по своему усмотрению и в своих интересах выступает в качестве элемента

правоспособности, формирует необходимые правосубъектные основания возникновения инвестиционных правоотношений, обеспечивается разнообразными гарантиями и включает в себя: а) свободу выбора инвестиции; б) свободу выбора объекта инвестиционной деятельности; в) свободу выбора сферы осуществления инвестиционной деятельности; г) свободу выбора правовой формы осуществления инвестиционной деятельности; д) свободу инвестиционного договора (свободу его заключения, выбора стороны в договоре, вида (типа) договора и его условий); е) право свободного использования доходов, прибыли и других правомерно полученных денежных сумм от вложенных инвестиций, включая их перевод и беспрепятственный вывоз за пределы Российской Федерации и др.

В то же время в предлагаемой автором модели взаимоотношения иностранного инвестора и принимающего государства свобода осуществления иностранным лицом инвестиционной деятельности не может быть абсолютной и ограничивается императивными нормами национального права принимающего государства. При этом усмотрение последнего на правовое регулирование инвестиционных отношений, по мнению диссертанта, также имеет свои пределы. Баланс (сочетание) интересов иностранного инвестора и принимающего государства в данном случае предполагает, с одной стороны, создание с использованием гражданско-правовых средств благоприятных условий для инвестирования, а с другой стороны, установление различного рода требований и ограничений. Он выступает своеобразным средством обеспечения прав и законных интересов иностранного инвестора и принимающего государства и подразумевает, к примеру: а) обеспечение открытости и доступности информации об инвестиционном законодательстве и иных источниках права; б) установление возможности пересмотра в одностороннем порядке ранее заключённого между принимающим государством и иностранным инвестором инвестиционного договора по инициативе первого, но при условии возмещения убытков (выплаты компенсации) второму; в) применение категорий добросовестности и разумности к действиям иностранного инвестора и принимающего государства и др.

Третий параграф посвящён исследованию правовых средств обеспечения стабильности условий осуществления инвестиционной деятельности. В отличие от распространённого в юридической науке подхода диссертантом предложено различать гарантию от неблагоприятного изменения законодательства (так называемую «дедушкину» оговорку) и внесение изменений в инвестиционный договор в связи с изменением законодательства (стабилизационную оговорку). Обосновывается вывод о том, что в основе «дедушкиной» оговорки лежит действие нормативных правовых актов во времени и по кругу лиц, а стабилизационной оговорки — договор. Как следствие, сфера действия «дедушкиной» оговорки шире и включает в себя не только договорные (обязательственные), но и публично-правовые отношения.

Несмотря на то, что вышеуказанные оговорки позволяют существенным образом минимизировать инвестиционные риски, они редко используются на практике в связи с наличием существенных ограничений в их применении и иных недостатков в действующем законодательстве. В частности, «дедушкина» оговорка касается применения нормативных правовых актов только Российской Федерации. Действие гарантии ограничивается, как правило, 7-летним периодом, тогда как срок окупаемости инфраструктурных инвестиционных проектов гораздо выше. Из совокупной налоговой нагрузки как расчётного суммарного объёма денежных средств, подлежащих уплате инвестором, осуществляющим инвестиционный проект, неоправданно исключены акцизы, НДС на товары, производимые на территории Российской Федерации, взносы в Пенсионный фонд Российской Федерации, региональные и местные налоги и сборы. Не определены необходимые для применения стабилизационной оговорки понятия «коммерческие результаты», «изменения, обеспечивающие коммерческие результаты» и др. Кроме того, не предусмотрены соответствующие положения о неблагоприятном для инвестора изменении законодательства о налогах и сборах в Налоговом кодексе Российской Федерации²². Диссертантом проведён си-

²² СЗ РФ. — 1998. — № 31. — Ст. 38241; 2000. — № 32. — Ст. 3340.

стемный анализ подобных проблем и сформулированы предложения по совершенствованию правового регулирования инвестиционных отношений в Российской Федерации.

В четвёртом параграфе раскрывается право государства на экспроприацию иностранной собственности, которое в настоящее время закреплено во многих многосторонних и двусторонних международных договорах о поощрении и взаимной защите капиталовложений, а также в актах национального законодательства. В то же время содержащиеся в них положения носят бессистемный и противоречивый характер, оперируют одновременно различными понятиями, не проводя при этом чёткого разграничения между ними (экспроприация, национализация, реквизиция, изъятие имущества и т.д.), не устанавливают необходимый порядок изъятия имущества, включая определение размера и срока выплаты компенсации (возмещения), и, как следствие, требуют дальнейшего совершенствования.

По мнению диссертанта, все рассмотренные виды принудительного изъятия имущества, влекущего не только формальное прекращение права собственности инвестора, как традиционно считается в юридической науке, но и невозможность осуществления им правомочий собственника, следует определять одним общим термином — экспроприацией, который в отличие от действующего российского законодательства получил широкое распространение в международном праве, в частности, в Сеульской конвенции, Договоре к Энергетической хартии 1994 г., а также в практике международных коммерческих арбитражей.

В то же время не все действия государства, предусматривающие принудительное лишение или ограничение права частной собственности, должны признаваться экспроприацией, рассматриваться в качестве деликта и влечь за собой выплату компенсации. К таковым, по мнению диссертанта, следует относить меры, направленные на регулирование инвестиционной деятельности и связанные с установлением и исполнением различного рода императивных предписаний и санкций, которые при этом не должны носить дискриминационного характера, например: а) обращение взыскания на

имущество иностранного инвестора по его обязательствам; б) принудительное лишение или отказ в продлении лицензии вследствие нарушения инвестором лицензионных правил; в) расторжение договора вследствие существенного нарушения иностранным инвестором своих обязанностей по инвестиционному договору с принимающим государством; г) конфискация и др.

На основе анализа действующих международных договоров и национального законодательства признано необходимым различать только два основных условия проведения экспроприации. Она должна осуществляться на недискриминационной основе и с выплатой компенсации. Два других условия, обычно предлагаемых в литературе, — в публичных целях и в соответствии с установленным порядком — не всегда предусматриваются в международных договорах и являются в какой-то мере второстепенными (факультативными).

Рассматривая вопросы, связанные с выплатой компенсации, диссертант заключает, что она должна: а) по общему правилу соответствовать рыночной стоимости изъятого имущества и определяться непосредственно перед моментом, когда официально стало известно о фактически осуществлённых или предстоящих мерах по принудительному изъятию; б) осуществляться без необоснованной задержки в предусмотренный срок, и до момента её выплаты на сумму компенсации должны начисляться проценты согласно действующей на территории принимающего государства обычной коммерческой процентной ставке, устанавливаемой на рыночной основе; в) быть практически осуществимой, свободно конвертироваться, переводиться и выплачиваться.

Исходя из предлагаемого принципа баланса (сочетания) интересов иностранного инвестора и принимающего государства автор допускает возможным ограничить на законодательном уровне в качестве исключения размер возмещения причинённых иностранному инвестору убытков (выплаты компенсации) и предлагает во избежание нарушения прав иностранных инвесторов и в целях формирования единообразия в толковании и применении судами и арбитражами норм права об экспроприации в международных договорах

и законодательстве Российской Федерации чётко предусмотреть случаи, когда: а) компенсация не выплачивается (при совершении принимающим государством действий, не признаваемых экспроприацией); б) компенсация выплачивается не в полном объёме и включает в себя лишь стоимость экспроприированного имущества (например, при проведении экспроприации в публичных целях, если она не носит дискриминационного характера; уничтожении иностранной собственности вооружёнными силами и властями государства, которое проводится в целях защиты общества и государства); в) компенсация выплачивается в полном объёме, включая возмещение упущенной выгоды (например, вследствие дискриминационного и произвольного изъятия иностранной собственности, при расторжении договора с инвестором в случае существенного нарушения этого договора принимающим государством).

Глава 4 «Инвестиционные договоры с участием иностранных лиц» содержит два параграфа. В **первом параграфе** раскрывается сущность инвестиционного договора, выступающего в качестве основного юридического факта в механизме гражданско-правового регулирования инвестиционных отношений и получившего широкое распространение на практике. Важно отметить, что в настоящее время в ГК РФ и других федеральных законах отсутствует какое-либо определение инвестиционного договора. Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» в п. 1 ст. 8 (так же, как и Закон РСФСР от 26 июня 1991 г. № 1488-1 «Об инвестиционной деятельности в РСФСР»²³ в п. 1 ст. 7) лишь предусматривает, что отношения между субъектами инвестиционной деятельности осуществляются на основе договора и (или) государственного контракта, заключаемых между ними в соответствии с ГК РФ. Последний допускает возможность заключения сторонами договора, как предусмотренного, так и не предусмотренного законом или иными правовыми актами

²³ Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. — 1991. — № 29. — Ст. 1005.

(п. 2 ст. 421 ГК РФ). Термин «инвестиционный договор» и его дефиницию пока можно встретить только в подзаконных нормативных актах Российской Федерации, например в Положении о принятии федеральными органами исполнительной власти решений о даче согласия на заключение сделок по привлечению инвестиций в отношении находящихся в федеральной собственности объектов недвижимого имущества²⁴, утверждённом Постановлением Правительства Российской Федерации от 10 августа 2007 г. № 505.

Не сложилось единого понимания инвестиционного договора и в юридической науке. Диссертант не соглашается, с одной стороны, с существованием рассматриваемых договоров лишь в определённых сферах экономики: в капитальном строительстве (М.И. Брагинский, А. Королёв, Б.В. Муравьёв, А.П. Сергеев, П.В. Сокол и др.), преимущественно на рынке ценных бумаг (А.В. Майфат) и т.д., а с другой стороны, с отнесением к инвестиционным договорам любых гражданско-правовых договоров, включая дарение, возмездное оказание услуг, хранение, перевозку и т.д. (В.В. Гуцин, А.А. Овчинников, Т.В. Шадрин и др.).

По мнению автора, основным критерием для признания того или иного договора инвестиционным должен быть признак осуществления инвестиционной деятельности. Исходя из этого, инвестиционный договор следует признать собирательной категорией, объединяющей различные договоры, которые возлагают на одну из сторон — инвестора — обязанность осуществить инвестиционную деятельность. Причём это могут быть лишь часть поименованных в ГК РФ договоров (например, договоры купли-продажи ценных бумаг, финансовой аренды, строительного подряда и др.), а также иные (договор участия в долевом строительстве, договор о развитии застроенной территории, концессионное соглашение, СРП, соглашение об осуществлении деятельности в ОЭЗ и др.).

В работе подробно рассмотрены отдельные виды непоименованных в ГК РФ инвестиционных договоров, возникновение которых диссертант связывает с одновременным осуществлением стороной

²⁴ СЗ РФ. — 2007. — № 34. — Ст. 4239.

договора нескольких функций: инвестора, заказчика, подрядчика, пользователя и других субъектов, что допускает Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» (п. 6 ст. 4). Исходя из этих функций автором разработана классификация инвестиционных договоров на четыре группы (разновидности), позволяющая провести их дифференциацию, установить особенности правовых связей между участниками инвестиционных правоотношений и на их основе определить направления их дальнейшего более детального урегулирования.

Во **втором параграфе** затрагиваются вопросы применимого права к инвестиционным договорным отношениям с участием иностранных лиц, под которым традиционно понимается национальное право определённого государства. Однако, по мнению диссертанта, такую категорию следует рассматривать более широко как совокупность норм права. На указанном основании стороны иногда выбирают общие принципы права, *lex mercatoria*, а также разрешают спор *ex aequo et bono* («по справедливости»).

Автор приходит также к выводу о том, что выбор иностранного права к правам и обязанностям по инвестиционному договору между иностранным инвестором и принимающим государством, который имеет комплексный (межотраслевой) характер (СРП, концессионное соглашение и т.д.), затрагивает действие публично-правовых норм принимающего государства и потому должен признаваться не допустимым. Получивший всеобщее признание в международном частном праве принцип автономии воли сторон не является абсолютным и может быть ограничен, в частности так называемыми «сверхимперативными» нормами (нормами непосредственного применения) страны, с которой связаны все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства (п. 5 ст. 1210 ГК РФ).

Глава 5 «Разрешение инвестиционных споров» содержит два параграфа. В **первом параграфе** отмечается, что правовые споры, связанные с осуществлением инвестиционной деятельности (инвестиционные споры), многообразны и в отличие от предложенных в

юридической науке классификаций, проведённых с использованием сразу нескольких и не совсем понятных критериев (М.А. Баратова, Л. Шерстнёва и др.), они должны быть подразделены на две группы, принципиально отличающиеся друг от друга и подлежащие разрешению в рамках разных правовых систем.

Первая категория споров возникает между принимающим государством и государством инвестора или международной организацией (в частности, Многосторонним агентством по гарантиям инвестиций) из международных правоотношений, носит международный (межгосударственный) характер и разрешается на основании норм международного публичного права в рамках международной правовой системы. Защита иностранных инвесторов с использованием международно-правовых средств в данном случае основана на том, что причинение вреда гражданину (юридическому лицу) представляет собой причинение вреда и государству, гражданином которого он является (дипломатическая защита). Однако правом на такую защиту обладают не иностранные инвесторы, а государства, которые прибегают к нему по своему политическому усмотрению, как правило, в случае, когда их национальные лица не в состоянии защитить свои права и интересы в судах принимающего государства.

Другие споры вытекают из гражданских, административных и иных публичных правоотношений с участием, с одной стороны, иностранного инвестора, а с другой стороны, иного физического или юридического лица, принимающего государства или международной организации, и подлежат рассмотрению государственными судами и международными коммерческими арбитражами на основании норм международных договоров, национального права и обычаев в рамках национальной правовой системы. К ним, по мнению диссертанта, относятся и споры между иностранным инвестором и принимающим государством, касающиеся внедоговорного причинения вреда иностранному инвестору в результате незаконных действий (бездействия) его органов и должностных лиц, которые, несмотря на разрешение в МЦУИС и применение норм международного права в качестве нормативного основания

иска, не приобретают при этом международно-правового характера.

Диссертант также отмечает, что действующее законодательство Российской Федерации, в отличие от многих других стран мира, не устанавливает случаи, когда государство выступает в инвестиционных отношениях в качестве носителя власти, а когда в роли частного лица. Принятие федерального закона об иммунитете иностранных государств и их собственности позволит восполнить этот пробел и защитить права и законные интересы российских граждан и юридических лиц, осуществляющих инвестиционную деятельность за границей.

Второй параграф посвящён проблемам юрисдикции МЦУИС, которая распространяется на все непосредственно связанные с инвестициями правовые споры (*ratione materiae*) между государством — участником Вашингтонской конвенции (или любым его подразделением или учреждением, указанным МЦУИС этим государством) — и физическим или юридическим лицом другого государства — участника Вашингтонской конвенции (*ratione personae*), при условии наличия письменного согласия участников спора о передаче такого спора для разрешения в МЦУИС. Анализ международной арбитражной практики МЦУИС позволил прийти к выводу о том, что субъектом гражданско-правовой ответственности за вред, причинённый иностранному инвестору органом власти любого уровня или его должностным лицом, нарушившим положение международного договора о поощрении и взаимной защите капиталовложений (например, о создании благоприятных условий для осуществления инвестиционной деятельности, возмещении ущерба, выплате компенсации при экспроприации и т.д.), выступает принимающее государство в целом, а вышеназванное письменное согласие может быть достигнуто не только путём подписания сторонами одного документа или обмена письмами, сообщениями, но и на основании положений международного договора (к примеру, п. 3 и 4 ст. 26 Договора к Энергетической хартии 1994 г.) или национального законодательства принимающего государства, наделяющих иностранного инвестора правом на обращение в МЦУИС.

Диссертант также отмечает, что в результате не совсем продуманного решения о подписании Российской Федерацией Договора к Энергетической хартии 1994 г. стало возможным её вовлечение в арбитражное рассмотрение инвестиционных споров в МЦУИС по искам иностранных инвесторов при отсутствии между ними письменного документа (соглашения) на это, даже несмотря на то, что Российская Федерация не ратифицировала Вашингтонскую конвенцию и Договор к Энергетической хартии 1994 г., а в 2009 г. приняла решение не становиться участником такого Договора. Исходя из этого, представляется крайне важным любому принимающему государству, включая Российскую Федерацию, всегда проявлять осторожность и оценивать для себя возможные негативные правовые последствия, связанные с подписанием и выражением согласия иным способом на обязательность международных договоров, признающих юрисдикцию МЦУИС и иных международных коммерческих арбитражей по разрешению инвестиционных споров.

В **заключении** приводятся основные выводы и предложения диссертанта по результатам исследования, отмечается необходимость проведения унификации норм международного права и систематизации законодательства Российской Федерации в сфере инвестиционной деятельности.

Основные положения диссертационного исследования опубликованы в научных работах общим объёмом 93,6 п.л., в том числе: в 5 монографиях (64,4 п.л.); в 36 статьях в научных изданиях, рекомендованных Перечнем ВАК России (20,5 п.л.); в иных изданиях (8,7 п.л.).

НАУЧНЫЕ РАБОТЫ, ОПУБЛИКОВАННЫЕ ПО ТЕМЕ ДИССЕРТАЦИИ

I. Монографии

1. Правовое регулирование иностранных инвестиций: проблемы теории и практики / Рос. акад. наук, Ин-т философии и права СО РАН. Новосибирск: РИФ-Новосибирск, 2007. 258 с. (9,7 п.л.)

2. Предмет регулирования международного инвестиционного права / Рос. акад. наук, Ин-т философии и права СО РАН. Новосибирск: РИФ-Новосибирск, 2008. 284 с. (11,8 п.л.)

3. Принципы международного инвестиционного права / Рос. акад. наук, Ин-т философии и права СО РАН. Новосибирск: РИФ-Новосибирск, 2009. 246 с. (9,6 п.л.)

4. Особые экономические зоны в Российской Федерации / Рос. акад. наук, Ин-т философии и права СО РАН. Новосибирск: РИФ-Новосибирск, 2010. 360 с. (14,1 п.л.)

5. Правовое регулирование инвестиционных отношений: теория, законодательство и практика применения / Рос. акад. наук, Ин-т философии и права СО РАН. Новосибирск: РИФ-Новосибирск, 2011. 467 с. (19,2 п.л.)

II. Статьи, опубликованные в ведущих рецензируемых научных журналах и изданиях, входящих в Перечень ВАК РФ

1. Концессионное соглашение в российском праве // Бизнес, Менеджмент и Право. 2006. № 2. С. 35–39. (0,4 п.л.)

2. Виды инвестиций в международном и российском праве // Недвижимость и инвестиции. Правовое регулирование. 2006. № 3/4. С. 94–97. (0,5 п.л.)

3. Категория «инвестиция» в международном и национальном праве // Lex Russica. 2007. № 1. С. 103–123. (1,1 п.л.)

4. Инвестиционное законодательство в системе российского законодательства // Гуманитарные науки в Сибири. 2007. № 1. С. 94–97. (0,4 п.л.)

5. Категория «инвестор» в международном и национальном праве // Закон. 2007. № 2. С. 53–60. (0,7 п.л.)

6. Международная подсудность инвестиционных споров // Вестник Российской правовой академии. 2007. № 2. С. 87–89. (0,2 п.л.)

7. Понятие и формы осуществления инвестиционной деятельности // Предпринимательское право. 2007. № 2. С. 17–20. (0,4 п.л.)

8. Транснациональные корпорации: понятие и особенности правового регулирования // Российский юридический журнал. 2007. № 2. С. 87–96. (0,8 п.л.)

9. Юрисдикция международного центра по урегулированию инвестиционных споров // Московский журнал международного права. 2007. № 2. С. 95–107. (0,7 п.л.)

10. Принципы международного инвестиционного права // Вестник Новосибирского государственного университета. Серия: Право. 2007. Т. 3, вып. 1. С. 117–123. (0,6 п.л.)

11. «Мягкое право» как регулятор международных инвестиционных отношений // Известия высших учебных заведений. Серия «Правоведение». 2007. № 4. С. 150–153. (0,3 п.л.)

12. О проекте Многостороннего соглашения по инвестициям // Современное право. 2007. № 4. С. 8–10. (0,4 п.л.)

13. Право, применимое к международным инвестиционным отношениям // Российская юстиция. 2007. № 5. С. 27–34. (0,9 п.л.)

14. Правовые средства по стимулированию и поддержке инвестиционной деятельности // Налоги и финансовое право. 2007. № 10. С. 207–216. (0,5 п.л.)

15. Обычай и обыкновения в международном инвестиционном праве // Журнал российского права. 2007. № 10. С. 71–77. (0,5 п.л.)

16. О гарантиях, предоставляемых иностранным инвесторам согласно Сеульской конвенции // Законы России: опыт, анализ, практика. 2008. № 1. С. 95–98. (0,4 п.л.)

17. Принцип свободы осуществления инвестиционной деятельности // Вестник Российской правовой академии. 2008. № 1. С. 36–38. (0,3 п.л.)

18. Совместные предприятия в международном частном праве // Законодательство. 2008. № 1. С. 67–73. (0,7 п.л.)

19. Иностраный элемент в международных инвестиционных отношениях // Международное публичное и частное право. 2008. № 3. С. 10–12. (0,3 п.л.)

20. Правовой режим для иностранных инвесторов (сравнительный анализ положений международного и национального права) //

Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2008. № 3. С. 56–63. (0,8 п.л.)

21. *Lex Mercatoria* в зарубежной доктрине // Государство и право. 2008. № 4. С. 103–107. (0,5 п.л.)

22. Право государства на экспроприацию иностранных инвестиций // Московский журнал международного права. 2008. № 4. С. 159–178. (1,0 п.л.)

23. Этапы развития отечественного инвестиционного права // Вестник Новосибирского государственного университета. Серия: Право. 2008. Т. 4, вып. 2. С. 3–10. (0,8 п.л.)

24. Принцип выплаты компенсации при экспроприации иностранной собственности // Закон. 2008. № 10. С. 131–137. (0,7 п.л.)

25. Принцип баланса (сочетания) интересов государства и иностранных инвесторов в международном инвестиционном праве // Современное право. 2008. № 11. С. 113–116. (0,3 п.л.)

26. Международное инвестиционное право как часть международного частного права // Закон. 2008. № 11. С. 131–138. (0,7 п.л.)

27. Допуск иностранных лиц к осуществлению инвестиционной деятельности // Гуманитарные науки в Сибири. 2009. № 1. С. 94–97. (0,6 п.л.)

28. О развитии международно-правового регулирования иностранных инвестиций // Евразийский юридический журнал. 2009. № 4 (11). С. 90–99. (0,8 п.л.)

29. Законодательство РФ об особых экономических зонах: понятие, структура и место в системе российского законодательства // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. № 5. С. 97–102. (0,7 п.л.)

30. Правовой режим осуществления предпринимательской деятельности в особой (свободной) экономической зоне // Российский юридический журнал. 2010. № 5. С. 196–202. (0,5 п.л.)

31. Виды инвестиционных правоотношений // Цивилист. 2011. № 4. С. 111–115. (0,5 п.л.)

32. Применение норм инвестиционного права в регулировании инвестиционных отношений // Законодательство. 2011. № 10. С. 31–40. (0,9 п.л.)

33. О субъекте гражданско-правовой ответственности принимающего государства вследствие внедоговорного причинения вреда иностранному инвестору // Цивилист. 2012. № 4. С. 85–89. (0,4 п.л.)

34. О совершенствовании инвестиционного законодательства Российской Федерации в условиях модернизации и глобализации // Российская юстиция. 2012. № 6. С. 15–17. (0,3 п.л.)

35. Юридические признаки инвестиционной деятельности // Предпринимательское право. Приложение «Бизнес и право в России и за рубежом». 2013. № 1. С. 13–17. (0,4 п.л.)

36. Об инвестиционных спорах с участием Российской Федерации и их подсудности Международному центру по урегулированию инвестиционных споров // Закон. 2013. № 3. С. 113–118. (0,5 п.л.)

III. Научные статьи, опубликованные в других печатных изданиях

1. Правовое регулирование иностранных инвестиций в странах Азии и Африки // Инвестиции в России. 2007. № 5. С. 10–16. (0,8 п.л.)

2. Правовое регулирование иностранных инвестиций в странах Северной и Южной Америки // Инвестиции в России. 2007. № 7. С. 15–19. (0,5 п.л.)

3. Правовое регулирование иностранных инвестиций в странах СНГ // Инвестиции в России. 2007. № 8. С. 3–6. (0,4 п.л.)

4. Международное инвестиционное право в системе международного и национального права // Международные юридические чтения: Материалы и доклады / Под ред. Ю. П. Соловей и др. Омск, 2007. Ч. 2. С. 42–45. (0,2 п.л.)

5. О развитии законодательства Российской Федерации об особых экономических зонах // Советник (г. Алматы). 2009. № 1. С. 67–71. (0,5 п.л.)

6. Соглашения о ведении деятельности в особых экономических зонах // Бухгалтер и закон. 2009. № 9 (129). С. 14–21. (0,8 п.л.)

7. Об унификации норм международного инвестиционного права // Совершенствование правовых форм международного со-

трудничества в современных условиях: Сб. науч. ст. / Под ред. М. Н. Марченко. Ростов н/Д, 2009. С. 183–185. (0,2 п.л.)

8. Государственно-частное партнерство в российском праве // Административное право. 2010. № 3. С. 31–43. (0,9 п.л.)

9. Особые экономические зоны: регулирование, управление и контроль // Административное право. 2010. № 4. С. 61–82. (1,4 п.л.)

10. О защите прав граждан — участников долевого строительства в российском гражданском праве // Наука и её роль в современном мире: Материалы Междунар. научно-практ. конференции / Под ред. Н. О. Дулатбекова. Караганда: Болашак-Баспа, 2010. Т. 2. С. 80, 81. (0,2 п.л.)

11. К вопросу о государственном регулировании российской экономики в условиях финансово-экономического кризиса // Вестник Института законодательства Республики Казахстан. 2011. № 1(21). С. 55–59. (0,4 п.л.)

12. Комплексный характер соглашения об осуществлении деятельности в особой экономической зоне // Договоры в сфере профессиональной и предпринимательской деятельности: теория и практика / Под ред. В. В. Кваниной. Челябинск, 2011. С. 124–126. (0,2 п.л.)

13. Регистрация резидентов особых экономических зон в Российской Федерации // Регистрация субъектов предпринимательской деятельности: Россия и СНГ / отв. ред. Р.А. Адельханян. М.: Статут, 2012. С. 197–210. (0,9 п.л.)

14. Foreign Element in International Investment Relations // Russian Law: Theory and Practice. 2008. No. 2. P. 229–233. (0,3 п.л.)

15. Production Sharing Contracts in Russia // The European Legal Forum (Munich). 2009. No. 1. P. 28–33. (0,5 п.л.)

16. The Concept of Investment Contract in Russian Law // Russian Law: Theory and Practice. 2011. No. 2. P. 72–79. (0,5 п.л.)

Подписано в печать 25.12.2013. Тираж 100 экз.
Объём 2,5 п.л. Формат 60x90/16

630090, г. Новосибирск, ул. Николаева, 8, ИФПР СО РАН