

## ОГЛАВЛЕНИЕ

<b>Введение</b> .....	5
<b>Глава 1. ИНВЕСТИЦИОННОЕ ПРАВО В СИСТЕМЕ ПРАВА</b> .....	7
§ 1. Понятие и предмет инвестиционного права .....	7
§ 2. Метод инвестиционного права .....	11
§ 3. Принципы инвестиционного права .....	13
§ 4. Функции инвестиционного права .....	14
§ 5. Международное инвестиционное право как научная дисциплина .....	17
§ 6. Инвестиционное право как учебная дисциплина .....	30
<b>Глава 2. ХАРАКТЕРИСТИКА ИСТОЧНИКОВ ИНВЕСТИЦИОННОГО ПРАВА</b> .....	31
§ 1. Анализ развития инвестиционного законодательства .....	31
§ 2. Понятие и особенности источников инвестиционного права .....	45
§ 3. Источники международного инвестиционного права .....	52
§ 4. Международные двусторонние соглашения России .....	71
§ 5. Система инвестиционного законодательства России .....	98
<b>Глава 3. ИНВЕСТИЦИОННЫЕ ПРАВООТНОШЕНИЯ</b> .....	107
§ 1. Понятие и особенности инвестиционных правоотношений .....	107
§ 2. Правоотношения, возникающие в процессе долевого участия в строительстве .....	109
§ 3. Правоотношения, возникающие на основании облигационных займов .....	119
§ 4. Отдельные виды инвестиционных правоотношений .....	130
§ 5. Изменение и прекращение инвестиционных правоотношений .....	136
§ 6. Субъекты и объекты инвестиционных правоотношений .....	145
<b>Глава 4. ПОНЯТИЕ ИНВЕСТИЦИЙ И ИХ ВИДЫ</b> .....	153
§ 1. Понятие инвестиций и их значение .....	153
§ 2. Классификация инвестиций и их особенности .....	156
§ 3. Понятие иностранных инвестиций и их особенности .....	165
<b>Глава 5. ИНВЕСТИЦИОННЫЙ КЛИМАТ. ГАРАНТИИ ИНВЕСТИЦИОННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ</b> .....	184
§ 1. Инвестиционный климат. Правовые режимы привлечения инвестиций .....	184

<b>4</b>	§ 2. Общая характеристика гарантий прав иностранных инвесторов ..... 192 § 3. Процессуальные гарантии урегулирования инвестиционных споров ..... 215 <i>Международные региональные арбитражные механизмы</i> ..... 235
<b>Глава 6. ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ФОРМЫ ПРЕДПРИЯТИЙ С ИНОСТРАННЫМИ ИНВЕСТИЦИЯМИ</b> ..... 247	
	§ 1. Понятие и признаки инвестиционных договоров и соглашений ..... 247 § 2. Государственная регистрация коммерческих организаций с иностранными инвестициями ..... 275 § 3. Лицензирование деятельности коммерческих организаций с иностранными инвестициями ..... 292
<b>Глава 7. ИНВЕСТИЦИОННОЕ ПЛАНИРОВАНИЕ. ИНВЕСТИЦИОННЫЙ ПРОЕКТ</b> ..... 300	
	§ 1. Понятие и виды инвестиционного планирования ..... 300 § 2. Стадии инвестиционного проекта ..... 320 § 3. Оценка эффективности инвестиционного проекта ..... 326
<b>Глава 8. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ СОЗДАНИЯ И ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ИНВЕСТИЦИОННЫХ ФОНДОВ</b> ..... 364	
	§ 1. Понятие и особенности акционерных инвестиционных фондов ..... 364 <i>Порядок эмиссии и размещение акций</i> ..... 372 § 2. Понятие и особенности паевых инвестиционных фондов ..... 394
<b>Глава 9. ИНВЕСТИЦИИ НА ФИНАНСОВЫХ РЫНКАХ</b> ..... 424	
	§ 1. Понятие и особенности финансовых рынков. Участники финансового инвестирования ..... 424 § 2. Характеристика объектов финансового инвестирования (финансовые инструменты) ..... 448 <i>Первичные финансовые инструменты</i> ..... 451 § 3. Эмиссия объектов портфельного инвестирования ..... 486
<b>Глава 10. ОБЩАЯ ПРАВОВАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ИНВЕСТИЦИОННЫХ ДОГОВОРОВ И СОГЛАШЕНИЙ</b> ..... 518	
	§ 1. Понятие и признаки инвестиционных договоров и соглашений ..... 518 § 2. Классификация инвестиционных договоров и соглашений ..... 525 § 3. Правовое регулирование отдельных инвестиционных договоров и соглашений ..... 528
<b>Заключение</b> ..... 622	

## **ВВЕДЕНИЕ**

Одной из важнейших проблем реформирования и модернизации российской экономики на сегодняшний день является привлечение иностранных инвестиций. России требуется иностранный капитал, способный принести новые технологии и современные методы управления, а также способствовать развитию отечественных инвестиций.

В настоящее время происходящие в России социально-экономические изменения существенно преобразовали хозяйственный оборот и потребовали разработки принципиально нового, адекватного экономическим потребностям законодательства, детально регулирующего иностранную инвестиционную деятельность в России.

Отечественные ученые в недостаточной степени проявляли интерес к исследованию проблем правового регулирования инвестиционной деятельности на территории Российской Федерации. Изучением непосредственно отдельных аспектов инвестиционного права занимались немногие отечественные юристы, в числе которых можно назвать Д. Бессарабова, Н.Г. Доронину, Н.Г. Семилютина, В.В. Старженецкого, Э.В. Талапина, О.В. Хмыз, С.С. Щербинина и некоторых других. Их исследования позволили определить понятие иностранных инвестиций в целом, а также основы правового статуса коммерческих организаций с иностранными инвестициями. Результаты этих исследований нашли отражение в действующем законодательстве.

Однако названные исследования в основном были посвящены решению тех или иных проблем прикладного характера. В них не рассматривались вопросы, которые оказывают непосредственное влияние на концептуальные подходы к разрешению проблем правового статуса коммерческих организаций с иностранными инвестициями, их деятельности на территории Российской Федерации.

**6** Актуальность и недостаточность разработанности отмеченных проблем определили необходимость появления данного пособия по инвестиционному праву.

Выводы и рекомендации могут быть применены при подготовке учебных и методических пособий по гражданскому, предпринимательскому праву, в учебном процессе при чтении лекций и проведении семинарских занятий по дисциплинам гражданско-правового цикла, а также послужить основой для ознакомления специалистов и представителей деловых кругов России и зарубежных стран с правовым положением коммерческой организации с иностранными инвестициями в России.

# 1

глава

## ИНВЕСТИЦИОННОЕ ПРАВО В СИСТЕМЕ ПРАВА

### § 1

### Понятие и предмет инвестиционного права

Переход к рыночной экономике в России неразрывно связан с развитием инвестирования как профессионально осуществляемой хозяйственной деятельности, направленной на получение прибыли. В условиях интенсивно развивающейся инвестиционной деятельности, в том числе с иностранным участием, в системе российского права сформировалась новая комплексная отрасль — инвестиционное право.

Понятие «инвестиционное право» может рассматриваться в четырех основных значениях.



**Инвестиционное право как отрасль права** представляет собой совокупность правовых норм, регулирующих общественные отношения по поводу привлечения, использования и контроля за инвестициями и осуществляемой инвестиционной деятельностью, а также отношения, связанные с ответственностью инвесторов за действия, противоречащие законодательству.

**Инвестиционное право как система законодательства** — это совокупность правовых норм, содержащихся в источниках права (нормативных правовых актах, обычаях делового оборота) и регулирующих порядок осуществления инвестиционной деятельности. Изучение инвестиционного законодательства предполагает также анализ судебно-арбитражной практики в целях достижения единообразия в понимании и применении норм, содержащихся в источниках права.

**Инвестиционное право как научная дисциплина**, т.е. система знаний, совокупность представлений ученых о данной отрасли. Наука инвестиционного права познает истоки его зарождения, этапы становления и прогнозирует, опираясь на сумму накопленной информации, направления развития.

**Инвестиционное право как учебная дисциплина** — система обобщенных сведений об инвестиционном праве как отрасли, его законодательстве и практике применения, а также о науке.

В систему предмета инвестиционного права входят:

— общественные отношения, связанные с размещением на территории Российской Федерации инвестируемых в экономику финансовых средств, иного имущества (как движимого, так и недвижимого, не изъятого из гражданского оборота), включая имущественные и личные неимущественные права (например, авторское, патентное право). В рассматриваемую группу отношений также входят договоры о совместной деятельности, включая отношения по образованию юридических лиц, созданных на основе долевого или 100%-ного участия иностранных инвесторов, а также отношения по созданию филиалов и представительств иностранных юридических лиц на территории Российской Федерации;

— общественные отношения по контролю за допуском, созданием и деятельностью на территории Российской Федерации иностранных инвесторов и образуемых ими юридических лиц.

Представленная группа отношений включает государственную регистрацию предприятий с иностранным участием, лицензирование отдельных видов деятельности совместных предприятий, сертификацию и стандартизацию результатов их предпринимательской деятельности. Данная группа отношений объясняется ограничениями предпринимательской деятельности иностранных инвесторов в некоторых областях экономики: связи, средствах телекоммуникации, энергетике, транспорта и т.д. — в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов граждан России, обеспечения обороны страны и безопасности государства и необходимости в этой части государственного контроля за надлежащим исполнением российского законодательства;

— общественные отношения, связанные с созданием на территории России необходимого инвестиционного климата (режима) в целях привлечения иностранных инвестиций в экономику страны, включая предоставление государством гарантий и льгот иностранным инвесторам при осуществлении ими инвестиционной деятельности в рамках действующего законодательства. Данная группа также включает отношения по защите интересов и прав инвесторов от незаконного вмешательства государства или третьих лиц;

— общественные отношения, связанные с наложением ответственности за инвестиционную (предпринимательскую) деятельность, противоречащую законодательству.

Инвестиционное право тесно связано с гражданским, предпринимательским, финансовым, административным правом, так как общественные отношения, составляющие предмет инвестиционного права, одновременно являются частью предмета перечисленных выше отраслей российского права. Следовательно, необходимо признать комплексность исследуемых отношений, в связи с чем можно выделить присущие инвестиционным отношениям существенные признаки.

Рассмотрим **признаки инвестиционных отношений, составляющих предмет инвестиционного права.**

1. Инвестиционная деятельность, составляющая предмет права, характеризуется самостоятельностью. Условно можно выделить имущественную и организационную самостоятельность инвестора. Имущественная самостоятельность определяется наличием у инвестора обособленного имущества как экономической базы инвестиционной деятельности. Объем имущественной самостоятельности зависит от юридического титула, на основе которого это имущество принадлежит инвестору. Наиболее велика самостоятельность собственника имущества. Предприятия, действующие на праве хозяйственного ведения, также имеют значительную имущественную самостоятельность, однако уже ограниченную законом и договором с собственником-инвестором. И наконец, принадлежность имущества на праве оперативного управления дает наименьший простор для реализации инвестиционных отношений. Организационная самостоятельность — это возможность принятия самостоятельных решений в процессе инвестиционной деятельности, начиная от принятия решения заниматься такой деятельностью, выбора вида и правовой формы инвестирования.

2. Инвестиционная деятельность сопряжена с риском. Этим признаком подтверждается однородность инвестиционных отношений и предпринимательства в самом широком смысле этого понятия. Предпринимательский риск — мощный стимул к успешной работе; уменьшения убытков можно достичь путем заключения договора страхования предпринимательского риска, т.е. риска убытков от предпринимательской деятельности из-за нарушения обязательств контрагентами или изменения условий этой деятельности по не зависящим от предпринимателя обстоятельствам, в том числе риска неполучения ожидаемых доходов (портфельная инвестиция). Вполне объяснимо в связи с этим, что такой чисто рыночный институт, как институт несостоятельности (банкротства), возрождается в нашей стране только с развитием рынка.

3. Инвестиционная деятельность направлена на систематическое получение прибыли. Это основная цель инвестора, придающая его деятельности коммерческий характер, который не утрачивается даже в том случае, если результатом явилась не прибыль, а убыток. Вместе с тем, если получение прибыли как цель не ставится изначально, деятельность нельзя назвать инвестиционной, она не носит коммерческого характера.

Нельзя не обратить внимания и на такой квалифицирующий признак инвестиционной деятельности, как систематичность в извлечении прибыли. К сожалению, четких количественных критериев систематичности законодательством пока не выработано. Законодательный пробел предлагается восполнить, включив в определение инвестиционной деятельности дополнительные квалифицирующие признаки, такие как доля прибыли от этой деятельности в общих доходах инвестора, существенность и форма прибыли и др.

В соответствии с определением прибыль извлекается инвестором от размещения имущества, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг. Данный признак, как представляется, сформулирован весьма неудачно. Дело в том, что инвестиционная деятельность многогранна и ее направления никак не могут быть представлены закрытым перечнем. Почему, например, нужно вести речь лишь о правомочии пользования в отношении имущества? А если субъектом извлекается прибыль в процессе реализации права распоряжения имуществом (например, сдачи его в аренду)? А если инвестор-патентообладатель систематически извлекает прибыль, предоставляя другим лицам право пользоваться результатом его интеллектуальной деятельности, заключая лицензионные договоры? Эти случаи не укладываются в законодательный перечень. Видимо, не имело смысла в законе перечислять возможные направления инвестиционной деятельности, так как они определяются прежде всего рынком.

4. Инвестиционная деятельность осуществляется лицами, как зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке, так и в некоторых случаях без регистрации (например, покупка ценных бумаг на фондовом рынке). Однако деятельность инвесторов, зарегистрированных в установленном порядке, — это формальный признак, т.е. признак, легализующий инвестиционную деятельность, придающий ей законный статус. Его отсутствие не приводит к утрате качества инвестиционной деятельности, однако выводит ее за рамки государственных гарантий и льгот. В отличие от анализируемого формального признака рассмотренные ранее признаки инвестиционной деятельности являются сущностными (рас-



крывающими ее сущность), и только их совокупность дает возможность квалифицировать деятельность лица как инвестиционную.

Инвестиционные отношения, в свою очередь, тесно связаны с другими, не имеющими непосредственной цели извлечения прибыли. В частности, такие отношения складываются при осуществлении деятельности организационно-имущественного характера по созданию и прекращению деятельности совместного с иностранными инвесторами предприятия или полностью им принадлежащего, получению лицензий, сертификатов и в ряде других случаев — проведению экологической экспертизы (например, разработка природных ресурсов, недр). Такая хозяйственная деятельность носит некоммерческий характер, но создает основу, а зачастую является необходимым условием, предпосылкой будущей инвестиционной (предприимательской) деятельности. Именно поэтому отношения, возникающие в указанных случаях, охватываются хозяйственно-правовым регулированием и входят в предмет инвестиционного права.

Создает условия для инвестиционного права и деятельность ряда некоммерческих организаций, таких как учреждения, объединения и другие; деятельность товарных и фондовых бирж, основной целью которых является формирование соответствующего рынка инвестиций, также регулируется нормами инвестиционного права, а складывающиеся при осуществлении этой деятельности отношения включаются в предмет данной подотрасли.

И наконец, государство в целях реализации публичных интересов общества воздействует на субъектов, осуществляющих инвестиционную деятельность, регулируя эту деятельность разными способами и с применением различных форм. Эти отношения, возникающие в процессе государственного инвестиционного регулирования, образуют третью группу из состава предмета инвестиционного права.

## § 2 | Метод инвестиционного права



**Под методом правового регулирования, применяемым в инвестиционном праве,** понимается совокупность приемов и способов воздействия на отношения, регулируемые данной подотраслью.

Как правило, каждая отрасль (подотрасль) предполагает лишь специфичные юридические средства воздействия на определенный

**12** вид общественных отношений. Однако в ряде случаев отрасли права регулируют не только типичные для них общественные отношения, но и отношения, так или иначе связанные с ними. Тогда и метод правового регулирования включает юридические средства, характерные не только для данной отрасли (подотрасли), но и для других отраслей права. В общетеоретическом плане метод правового регулирования общественных отношений определяется с учетом следующих компонентов:

- порядок установления прав и юридических обязанностей;
- степень определенности предоставленных прав и автономности действий их субъектов;
- подбор юридических фактов, влекущих правоотношения;
- характер правового положения сторон в правоотношениях, в которых реализуются нормы, а также распределение прав и обязанностей между субъектами;
- пути и средства обеспечения субъективных прав.

Исходя из специфики предмета инвестиционного права, законодатель в некоторых случаях предусматривает установление прав и обязанностей в силу заключенного договора, в других случаях — в связи с актом применения права (предписание антимонопольного органа), в третьем случае права и обязанности прямо вытекают из закона (обязанность государственной регистрации). Нормы инвестиционного права могут предоставлять возможность более или менее самостоятельно решать вопрос об объеме прав и обязанностей (диспозитивные нормы), могут носить рекомендательный характер, а могут исчерпывающе определить объем субъективного права или обязанность (императивные нормы). Субъекты инвестиционных правоотношений могут находиться в равноправном или подвластном положении (горизонтальные отношения между инвесторами и вертикальные отношения между инвесторами и государством не идентичны). Защита установленных прав и применение санкций при невыполнении обязанностей могут осуществляться разными средствами — гражданско-правовыми, административными, финансовыми, уголовными и в различном порядке — административном, судебном. Таким образом, взаимосвязь свободы при осуществлении частных интересов с государственным властным воздействием там, где это диктуется публичными интересами, а также учет рекомендаций компетентных органов — это основные характеристики метода правового регулирования инвестиционного права.

## § 3 | Принципы инвестиционного права



**Принципы инвестиционного права** — это его основополагающие начала, пронизывающие весь массив правовых норм.

Основными принципами инвестиционного права могут быть названы следующие.

**Принцип свободы инвестиционной деятельности** получил свое закрепление в статьях 8, 34 Конституции Российской Федерации: «Каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности».

Этот принцип получил развитие в Гражданском кодексе Российской Федерации (ГК РФ) и других законодательных актах. Он означает право инвестора вкладывать свое имущество в любой сфере предпринимательства, в любой из предусмотренных законом форм, с использованием любых (не изъятых из оборота) видов имущества и т.д. Данный принцип подтверждается также установлением для большинства юридических лиц общей правосубъектности. Однако эта свобода не безгранична. Федеральными законами она может быть ограничена в интересах общества в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

**Принцип защиты инвесторов от деятельности органов власти по принудительному изъятию данного имущества.**

**Принцип свободного использования инвестиций, форм или прав требования на имущество, вложенное в порядке инвестирования.**

**Принцип государственных гарантий на обеспечение финансового возврата, компенсации в отношении средств инвесторов, вложенных в порядке инвестиций, соглашений (о разделе продукции).**

**Принцип государственного регулирования инвестиционной деятельности.** Такое регулирование экономики осуществляется в любом государстве. Его различные формы и методы определяются политическими условиями, уровнем экономического и социального развития, историческими традициями, национальными особенностями и другими факторами. Переход России к рыночным условиям хозяйствования потребовал пересмотра системы государственного регулирования экономики, замены административных мер воздей-

14 ствия на экономические. На этом пути было сделано немало ошибок, не все из которых удалось исправить и сегодня. Самое же главное, что должно быть достигнуто в процессе государственного регулирования инвестиционной деятельности, — это соблюдение баланса частных интересов предпринимателей и публичных интересов государства и общества в целом.

Принцип законности является общеотраслевым, и воплощение его в жизнь — основа построения правового государства. Что же касается законности в инвестиционной деятельности, то здесь необходимо обратить внимание на два аспекта. Во-первых, сама инвестиционная деятельность должна осуществляться при строгом соблюдении требований законодательства. Во-вторых, что не менее важно, государством должна быть обеспечена законность правовых актов, законность деятельности органов государственной власти и местного самоуправления, регулирующих инвестиционную деятельность. Некоторые меры по обеспечению законности предусмотрены действующим законодательством.

Так, статья 13 ГК РФ определяет условия и порядок признания недействительным акта государственного органа и органа местного самоуправления. В области нормативного регулирования укреплению законности способствует введение правила регистрации актов федеральных органов исполнительной власти в Министерстве юстиции Российской Федерации.

## § 4 | Функции инвестиционного права



**Функции права** — это основные направления юридического воздействия на общественные отношения, определяемые сущностью и социальным назначением права в жизни общества.

В соответствии с этим можно отметить следующие черты, присущие функциям инвестиционного права:

- функции инвестиционного права определяются назначением административного права в обществе;
- функции выражают наиболее существенные, главные черты права и направлены на осуществление задач, стоящих перед инвестиционным правом на данном этапе развития общества;
- функции инвестиционного права представляют направления его активного действия, упорядочивающего общественные отношения, составляющие его предмет.

**Классификация функций права и их характеристика.** В известной степени можно выделить две группы критериев, которые лежат в основе дифференциации функций инвестиционного права: 1) внешние, в соответствии с которыми выделяют так называемые социальные функции права (в данном случае инвестиционному праву присуща, например, воспитательная функция), и 2) внутренние. Последние вытекают из самой природы права, способов его воздействия на поведение людей, особенностей форм реализации. В этом случае выделяют регулятивную и охранительную функции инвестиционного права.

Регулятивная и охранительная функции — это функции права, которые определяют необходимость его существования как социального института общества.



**Регулятивную функцию инвестиционного права** можно определить как обусловленное социальным назначением направление правового воздействия, выражающееся в установлении позитивных правил поведения, предоставлении субъективных прав и возложении юридических обязанностей на субъектов инвестиционного права в целях закрепления и содействия развитию отношений, соответствующих интересам общества, государства и граждан.

Наиболее характерными путями (способами) осуществления регулятивной функции инвестиционного права являются:

- определение посредством норм права статуса инвесторов;
- установление правового порядка размещения инвестиций, включая порядок создания и лицензирования совместных предприятий;
- определение юридических фактов, связанных с возникновением, изменением и прекращением инвестиционных правоотношений, включая инвестиционные договоры и соглашения;
- определение оптимального типа правового регулирования (общедозволительного, разрешительного) применительно к конкретным общественным отношениям по допуску иностранных инвесторов в экономику России;
- определение оптимального режима обеспечения прав и законных интересов иностранных инвесторов на территории России путем предоставления необходимых гарантий и льгот.



**Охранительная функция инвестиционного права** — это обусловленное социальным назначением направление правового воздействия, нацеленное на охрану общезначимых, наиболее важных для общества отношений, их неприкосновенность и вытеснение вредных данному обществу отношений.

Специфика охранительной функции состоит в следующем. Во-первых, она характеризует право как особый способ воздействия на поведение людей, выражающийся во влиянии на их волю угрозой санкций, установлением запретов и реализацией юридической ответственности.

Во-вторых, она служит информатором для субъектов инвестиционных отношений о том, какие социальные ценности взяты под охрану государством посредством правовых предписаний.

В-третьих, она является показателем политического и культурного уровня общества, гуманитарных начал, содержащихся в инвестиционном праве.

Характерные черты охранительной функции инвестиционного права прослеживаются более четко, если ее сравнить с правоохранительной деятельностью государства. Общее назначение последней сводится к тому, чтобы обеспечить неуклонное выполнение субъектами права требований закона, т.е. обеспечить режим законности. Достигается это выявлением правонарушений, их расследованием, привлечением к ответственности виновных. Однако инвестиционное право имеет в своем распоряжении лишь ограниченный комплекс мер правоохранительного назначения (например, меры банкротства совместного предприятия, отзыва лицензии на право разработки месторождения в рамках соглашения о разделе продукции и т.д.).

Таким образом, охранительная функция инвестиционного права характеризуется комплексностью правоохранительных норм, включая нормы гражданского, предпринимательского, финансового, административного, уголовного, гражданского процессуального, уголовно-процессуального, арбитражного процессуального отраслей права, а также правоохранительную деятельность государства как материальной гарантией соблюдения требований инвестиционного права. Кроме того, охранительная функция направлена на охрану инвестиционных отношений, а правоохранительная деятельность — на охрану самого инвестиционного права.

Факультативно можно выделить и другие функции административного права:

— функцию контроля, т.е. обеспечение государственного контроля и надзора в сфере управленческой деятельности государства в области отношений инвестиционного права;

— воспитательную, т.е. привитие социально полезных качеств и обеспечение возможных прав и интересов инвесторов с использованием существующей практики и обычаев трудового оборота.

## § 5

### Международное инвестиционное право как научная дисциплина

1

Бурное развитие правовой науки во второй половине XX века привело к возникновению новых отраслей в общей системе права. В ходе развития общественных отношений из последних выделились подотрасли, институты как нормативные блоки для регулирования отношений в специфических областях межгосударственного сотрудничества. Система инвестиционного права имеет объективный характер и не должна отождествляться с системой науки инвестиционного права. Система науки инвестиционного права как отрасли права может, разумеется, соприкасаться с системой инвестиционного права по мере ее познания, но в принципе не может и не должна совпадать с ней и в ней растворяться. Это объясняется, в частности, тем, что любая наука в силу свойственной ей функции раскрытия сущности предмета исследования всегда имеет свою собственную логику и соответственно свою собственную логическую структуру. Аргументом может служить и то, что система права любой страны не является тождественной системе ее законодательства.

Система инвестиционного права как научной дисциплины не должна также отождествляться с системой учебных курсов по этой дисциплине, поскольку в них автор строит систему и структуру изложения материала, обращая внимание в первую очередь на определение ключевых понятий, другие учебно-методические цели, особенности учебной программы.

Как известно, теоретико-познавательная функция науки включает в себя: а) накопление фактов, относящихся к сфере правовой действительности, а также правовых и других документов, имеющих юридическое значение и содержащих в себе юридический элемент; б) раскрытие закономерностей функционирования и развития права, его принципов, отраслей, институтов и норм. Прикладная функция науки права включает в себя разработку рекомендаций по совершенствованию действующих норм права, их систематизации, кодификации и т.п.

Инвестиционное право как наука представляет собой отрасль специальных знаний, изучающую в практических целях соответствующее законодательство, юридические нормы путем анализа текста инвестиционных договоров двустороннего и многостороннего характера, законов и иных нормативных актов, международной арбитражной и судебной практики и т.д. В результате такой аналитической проработки правового материала раскрывается юридическая сущность общественных отношений в сфере иностранных инвестиций. Обращение к инвестиционным отношениям именно с точки зрения особой науки объясняется тем, что инвестиционное право представляет собой чрезвычайно сложную отрасль права. Это обусловлено комплексным, разноуровневым характером правового регулирования инвестиций. Во-первых, правовой основой инвестиционной деятельности является большой массив норм национальных законов и подзаконных актов как публично-правового, так и частноправового характера, а также принципов и норм как публичного, так и частного права. Во-вторых, правовое обеспечение зарубежных капиталовложений осуществляется на международно-правовом и национально-правовом уровнях.

Кроме того, инвестиционная деятельность на территории чужого государства осуществляется путем создания различных организационно-правовых форм предприятий: смешанных и совместных, чисто иностранных предприятий, их филиалов. Что касается транснациональных корпораций, инвестирующих громадные капиталы в разных странах, то их деятельность создает множество международно-правовых проблем, требующих специальных научных исследований.

Например, до сих пор нет единых подходов к правовой природе транснациональных компаний — ТНК. В специальной литературе корпорация признается компанией, которая осуществляет основную часть своих операций за пределами страны, где она зарегистрирована. Но с точки зрения теории и практики международного права ТНК не обязательно проводят основную часть своих финансовых операций в других странах. Поэтому правовое регулирование иностранных инвестиций с участием ТНК осложняется чрезвычайной запутанностью ее юридической конструкции.

Одним словом, различные правовые аспекты регулирования иностранной инвестиционной деятельности требуют новых научных разработок с целью устранения тех проблем, которые препятствуют свободному движению капиталов. А исследования в этой сфере не



могут привести к положительным результатам без применения особых научных методов и подходов, присущих только международному инвестиционному праву как науке.

Раскрытие места науки инвестиционного права в системе права в целом невозможно без аналитического изучения основных работ, посвященных различным аспектам правового регулирования иностранных инвестиций, поскольку они содержат немало ценных практических и научно-методических разработок в данной области. Ретроспективный взгляд на работы зарубежных и отечественных авторов помогает лучше понять современные проблемы обеспечения соответствующего правового режима инвестиций.

В зарубежной специальной литературе первые труды, посвященные правовым аспектам инвестиций, начали издаваться в середине 50-х годов прошлого века. Например, в книге американского автора С. Рубина рассматривались правовые и экономические аспекты частных иностранных инвестиций<sup>1</sup>.

Первой заметной работой, специально посвященной правовым проблемам иностранных инвестиций в развивающихся странах, стала книга нигерийского юриста Е. Ноугугу<sup>2</sup>. Автор подверг критике иностранные компании за установление всеобъемлющего контроля за страной-реципиентом в ходе осуществления инвестиционной деятельности. Он практически не проводит различия между прямыми и портфельными инвестициями, основываясь только на степени контроля над предприятиями<sup>3</sup>. В книге другого юриста — В. Бейлкджиама рассматриваются правовые аспекты иностранных инвестиций в Европейском экономическом сообществе «Общий рынок»<sup>4</sup>.

Работа известного английского юриста-международника Дж. Шварценбергера «Иностранные инвестиции и международное право», изданная в Лондоне в 1969 году, долгие годы была настольной книгой для всех, кто интересуется данной проблемой. И по названию, и по содержанию она стала первой специальной фундаментальной монографией по международному инвестиционному праву.

<sup>1</sup> *Rubin S. Private Foreign Investment and legal and economic realities.* — Baltimore, 1956. P. 82; См.: *Баскин Ю.Я., Фельдман Д.И.* Международное право: проблемы методологии. — М., 1971. — С. 8.

<sup>2</sup> См.: *Баскин Ю.Я., Фельдман Д.И.* Указ. соч. — С. 8.

<sup>3</sup> *Nwougugu E. The Legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries.* — Manch., 1965.

<sup>4</sup> *Balekjian W. Legal Aspects of Foreign Investment in the European Economic Community.* — Manch., 1967.

**20** На основании содержательного материала по становлению международных инвестиционных отношений этот ученый, один из корифеев западного общего международного права, развил теорию и практику международно-правового регулирования иностранных инвестиций.

Фундаментальная монография «Международное право иностранных инвестиций», написанная профессором Сингапурского национального университета М. Сорнараджей, стала новой вехой в развитии этой науки<sup>1</sup>. Работа открывается главой об истории развития международного инвестиционного права. Далее автор раскрывает классическую теорию, согласно которой иностранные инвестиции являются абсолютно выгодным фактором для принимающего государства, поскольку приток иностранного капитала сопровождается высокими технологиями, что стимулирует местный капитал к повышению производительности труда, освоению нового менеджмента и т.д. Как известно, другая, диаметрально противоположная первой, так называемая теория зависимости утверждает, что прием иностранных инвестиций означает глобальное засилье транснациональных корпораций в развивающихся странах<sup>2</sup>.

В теории и практике инвестиционного права порой используется доктрина о «третьем пути» (*the middle path*), согласно которой в соответствии с экономическим суверенитетом принимающее государство должно установить полный административный контроль<sup>3</sup>. Право государства на неограниченный контроль над иностранными инвестициями, по мнению сторонников этой теории, обуславливается суверенитетом государства. Такая постановка вопроса уже сама по себе закрывает двери перед иностранными инвесторами.

Профессор М. Сорнараджа в следующих главах своей книги подробно рассматривает проблемы международной защиты иностранных инвестиций, роль при этом двусторонних и многосторонних договоров, значение незыблемости иностранной частной собственности и т.д., на которые мы будем опираться в ходе дальнейшего изложения нашей точки зрения по правовым проблемам инвестиций.

В науке инвестиционного права одно из центральных мест занимают вопросы гарантий от так называемых политических (некоммерческих) рисков. Этой важной теме посвящена фундаментальная книга американских авторов Пола Комэкса и Стефана Кинселлы

---

<sup>1</sup> См.: *Естеева М.С.* Международные двусторонние инвестиционные соглашения. — М., 2002.

<sup>2</sup> См.: *Сорнараджа М.* Международное право иностранных инвестиций. — М., 1994.

<sup>3</sup> Там же. — С. 49, 50.

«Защита иностранных инвестиций нормами международного права: юридические аспекты политических рисков», изданная в Нью-Йорке в 1997 году. Политический риск, по мнению авторов, — это, в принципе, возможность иностранного инвестора быть лишенным полностью или частично своей собственности в принимающем государстве<sup>1</sup>. Далее авторы теоретически обосновывают различные виды принудительного изъятия имущества инвестора, а именно в случае экспроприации, национализации, конфискации<sup>2</sup>. К политическому риску они причисляют валютный риск (*currency risk*), риск политического насилия (*risk of political violence*), риск при расторжении инвестиционного контракта (*risk of break contract*) и т.д.<sup>3</sup>

Несомненно, рассматриваемый труд существенно обогатил теорию инвестиционного права, предложив четкие критерии определения различных норм и принципов, направленных на защиту иностранных инвестиций.

Заметным вкладом в развитие зарубежной литературы об инвестиционном праве стал недавний выход в свет внушительного труда профессора Уильяма Е. Батлера «Право иностранных инвестиций в СНГ»<sup>4</sup>. Книга состоит из двух взаимосвязанных частей: аналитический материал из 22 глав первой части книги дополняют 135 правовых инвестиционных актов всех 12 государств СНГ в авторском переводе на английский язык — это вторая часть<sup>5</sup>.

Что касается отечественной науки, то исследования в данной сфере вплоть до 90-х годов XX века проводились слабо по причине особой социально-экономической обстановки в стране и касались лишь правовых проблем инвестирования в странах так называемого третьего мира. Первые труды в этой специфической тогда сфере правовой науки принадлежали известному специалисту Н.Н. Вознесенской<sup>6</sup>, которая и сегодня остается признанным ученым по правовым проблемам привлечения иностранных инвестиций. Автор, рас-

<sup>1</sup> Сорнараджа М. Указ. соч. — P. 49, 50.

<sup>2</sup> Comeaux P.E., Kinsella N. S. Protecting Foreign Investment Under International Law: Legal aspects of Political Risks. — N.Y., 1997. — P. 1.

<sup>3</sup> Ibid. — P. 15—17.

<sup>4</sup> Batler E.W. Foreign Investment Law in the Commonwealth of Independent States. The Batler Commentaries. Simonds a Hill Publishing Ltd. — London, 2002.

<sup>5</sup> См.: Фархутдинов И.З. Право иностранных инвестиций СНГ: через тернии к успеху и благополучию: Рецензия на книгу В. Батлера «Право иностранных инвестиций в СНГ» // Право и политика. — 2003. — № 10.

<sup>6</sup> Вознесенская Н.Н. Иностранные инвестиции и смешанные предприятия в странах Африки. — М., 1975; Она же. Смешанные предприятия как форма международного экономического сотрудничества. — М., 1986.

22 сматривая в своей книге «Иностранные инвестиции и смешанные предприятия в странах Африки» правовой режим иностранного капитала в независимых странах этого континента, специально изучает проблемы национального права как регулятора инвестиционных отношений, правовые аспекты классификации инвестиций, принципы допущения иностранного капитала и различных правовых режимов, правовой природы инвестиционного соглашения, гарантий инвестиций и арбитражного разрешения инвестиционных споров. Вторую половину книги Н.Н. Вознесенская посвящает правовому статусу смешанных предприятий. Отношения, возникающие в связи с иностранными инвестициями, настолько сложны и многообразны, отмечает автор, что они выходят далеко за пределы регулирования, принципы которого содержатся в инвестиционных кодексах, хотя и остаются в рамках национального права. Важнейшее значение в вопросе определения режима иностранного инвестора имеет налоговое законодательство, а также валютное и таможенное законодательство, которое значительно шире инвестиционных кодексов: кодексы не устраняют действие налогового и валютного законодательства, а лишь определяют условия их применения<sup>1</sup>.

Слова Н.Н. Вознесенской о том, что сложная, многоплановая проблема инвестиций требует разработки многих теоретических вопросов, и сегодня звучат вполне актуально. Автор книги задается вопросом: все ли поступления из одной страны в другую являются инвестиционными? Четкая классификация таких поступлений дала бы возможность из всех средств, получаемых извне, выделить те, которые влекут за собой предоставление инвесторам больших экономических льгот.

Конечно, с позиций сегодняшнего дня нельзя полностью согласиться с некоторыми утверждениями Н.Н. Вознесенской, в частности с тем, что «регулирование иностранных инвестиций — это сфера исключительного национального законодательства», которое «не может не учитывать реального соотношения противостоящих друг другу политических и экономических сил»<sup>2</sup>.

Проблемы правового регулирования инвестиций Н.Н. Вознесенская рассматривает и в другой своей книге<sup>3</sup>. Как известно, создание смешанных, или совместных, предприятий является одной из распространенных форм привлечения иностранных инвестиций.

<sup>1</sup> *Вознесенская Н.Н.* Указ. соч. — С. 21, 22.

<sup>2</sup> Там же. — С. 21; см. также с. 22—25.

<sup>3</sup> *Вознесенская Н.Н.* Смешанные предприятия как форма международного экономического сотрудничества.

Смешанное предприятие, отмечает автор, служит как формой использования иностранного капитала, так и формой организации и осуществления конкретной хозяйственной деятельности, где непосредственно соприкасаются интересы национальных участников и иностранного инвестора. Данная монография имеет не только источниковедческое, но и практическое значение (например, глава, в которой исследуются проблемы правового регулирования смешанных предприятий в западных странах).

Первым отечественным исследованием, специально посвященным международно-правовым и национальным проблемам регулирования инвестиций в целом, стала монография «Инвестиционное право» А.Г. Богатырева — ныне известного ученого, доктора юридических наук, профессора, ведущего специалиста Центра международного права Института государства и права РАН. «Правовое регулирование инвестиционных отношений на национальном и международном уровне, — отмечал ученый, — ведет к формированию систем регулирования, то есть становлению инвестиционного права, соответственно национального и международного».

В первой главе своего исследования автор рассматривает теоретические вопросы инвестиций, инвестиционной политики и инвестиционного права. Современные инвестиции невозможны без рыночной экономики на национальном и мировом уровнях, однако рынок и инвестиционный процесс не могут функционировать и развиваться без определенных политических, экономических и правовых условий в стране<sup>1</sup>. С правовой точки зрения иностранные инвестиции — это иностранная частная и государственная собственность и ее соответствующий статус в международном и национальном аспектах. Эти и другие положения книги, высказанные еще на заре рыночной экономики, надолго стали ориентиром в создании новой научной концепции правового регулирования иностранных инвестиций в России.

Профессор Богатырев впервые вынес на широкое научное и практическое обсуждение, например, вопрос о роли двусторонних инвестиционных договоров в этой сфере — соглашений о поощрении и защите иностранных инвестиций и соглашений об избежании двойного налогообложения — и сделал вывод, что главная цель названных международных двусторонних договоров состоит в том, чтобы с помощью правовых средств обеспечить в условиях

<sup>1</sup> Богатырев А.Г. Инвестиционное право. — М., 1992. — С. 5, 15, 16 соответственно.

24 социально-экономического и политического кризиса относительную стабильность воспроизводства и свободу движения капиталов в рамках мировой хозяйственной системы и особенно обеспечить приток иностранного частного капитала в другие страны, предоставив ему юридические гарантии от так называемых политических (или некоммерческих) рисков (*non-business risks*). Неотъемлемым элементом в системе правового режима иностранных инвестиций являются, на его взгляд, многосторонние инвестиционные договоры.

При этом ученый не претендует на исчерпывающее освещение этой многогранной концепции, научная разработка которой, по его мнению, находится еще в самом начале. Действительно, отдельные положения и выводы, сделанные в монографии, носят дискуссионный и постановочный характер, что соответствовало тогдашнему уровню разработанности данных проблем в юридической литературе. Этим, на наш взгляд, и объясняется определенная недосказанность в суждениях, касающихся некоторых проблем регулирования иностранных инвестиций. Например, выделяя в специальном параграфе книги систему инвестиционного права как отрасли права и отрасли науки, он представляет на суд читателя схему системы инвестиционного права, но при этом умалчивает, о каком же инвестиционном праве идет речь: о международном или внутригосударственном. Судя по идее и содержанию книги, данная предварительная, как автор оговаривается, схема системы инвестиционного права разработана также для международного инвестиционного права, поскольку через всю книгу красной нитью проходит идея о становлении внутреннего и международного инвестиционного права.

Общая часть предварительной схемы системы науки инвестиционного права, предложенная А.Г. Богатыревым, включает следующие положения:

- предмет и система инвестиционного права;
- история инвестиционного права и его науки;
- понятие инвестиций, инвестиционного процесса и инвестиционного права;
- субъекты инвестиционного права;
- правовое регулирование частного и смешанного инвестирования;
- правовое регулирование государственного инвестирования;
- инвестиционный договор;
- регулирование финансирования инвестиционной деятельности;
- ответственность участников инвестиционной деятельности;

- гарантии инвестиции;
- разрешение инвестиционных споров.

Данная система науки инвестиционного права носит достаточно продуманный характер и основывается на традиционной концепции выделения отрасли права в науке международного права. Она охватывает основные понятия, предмет, направления, институты в сфере правового регулирования иностранных инвестиций.

В последующих трудах А.Г. Богатырев продолжил разработку научной концепции формирования и развития международного инвестиционного права<sup>1</sup>.

Одной из фундаментальных научных работ в этой сфере стало издание Институтом государства и права РАН сборника «Правовое регулирование иностранных инвестиций в России», посвященного различным правовым аспектам обеспечения гарантий иностранного капитала в нашей стране. Во вступительной статье академик Б.Н. Топорнин осветил основные проблемы привлечения иностранных инвестиций в экономику России. «Иностранные инвестиции — это не дань быстро проходящей моде и не «происки» Запада, а реализация собственных интересов, часть нашей системы хозяйственных связей и отношений; становление законодательства об иностранных инвестициях — составная часть процесса формирования правового государства в России»<sup>2</sup>, — отметил он. Далее Б.Н. Топорнин обосновывает выделение специального инвестиционного законодательства, устанавливающего особые правила в сфере регулирования иностранных инвестиций. Одна из его особенностей, по мнению ученого, состоит в том, что оно должно быть конкретным и исчерпывающим. Кроме того, особый акцент сделан на международно-правовой стороне регулирования иностранных инвестиций, что вызвано необходимостью следования пункту 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации. Заслуживают также внимания рассматриваемые в статье формы и методы разрешения международных инвестиционных споров.

<sup>1</sup> См.: *Богатырев А.Г.* О регулировании иностранных инвестиций в национальном и международном праве // Советское государство и право. — 1992. — № 1; *Он же.* Правовое регулирование инвестиционных отношений в Российской Федерации: Учебное пособие. — М., 1995; *Он же.* Соотношение международного и национального права в регулировании инвестиционных отношений: Материалы научной конференции. — Н. Новгород // Государство и право. — 1996. — № 3; *Он же.* Становление рыночных инвестиционных отношений и политическая стабильность в России: Материалы научной конференции в РУДН. — М., 1996.

<sup>2</sup> Цит. по: Правовое регулирование иностранных инвестиций в России / Под ред. А.Г. Светланова. — М., 1995. — С. 7, 8.