

В.С. Бушмин*

КОНЦЕССИОННОЕ СОГЛАШЕНИЕ В СИСТЕМЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ДОГОВОРОВ

В состав государственной и муниципальной собственности входит большое количество имущества, представляющего особую ценность для общества и используемого в публичных интересах. Современная история публичной собственности показала, что в условиях рыночной экономики у публично-правовых образований недостаточно средств, кадров и возможностей для эффективного, рационального использования принадлежащего ему имущества. Опыт многих стран мира с различными политическими и экономическими системами, уровнем развития рыночных отношений свидетельствует о том, что одним из наиболее эффективных путей обеспечения количественных и качественных характеристик объектов государственной собственности является привлечение к финансированию и управлению этими объектами частного капитала, однако не на путях приватизации, а на концессионной основе. Федеральным законом Российской Федерации от 21 июля 2005 года № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» [1] (далее – Закон о концессиях) в российское гражданское право был введен новый институт договорного права – концессионное соглашение.

Возникновение этого института выявило необходимость определения места концессионного соглашения в системе гражданско-правовых договоров, его соотношения с договорами, уже известными современному гражданскому праву.

Концессионное соглашение вообрало в себя элементы договоров, уже известных гражданскому праву. Это, прежде всего, арендные и подрядные отношения, отношения, связанные с управлением имуществом. Нередко концессией называют соглашения о разделе продукции [2]. В работе сделана попытка проанализировать принципиальные и наиболее существенные сходные черты и отличительные признаки.

Прежде чем перейти к анализу места концессионного соглашения в системе, необходимо достичь терминологической ясности. Закон о концессиях называет концессионное соглашение договором, поэтому, не вступая в дискуссию о правомерности использования того или иного понятия, в дальнейшем термины «концессионное соглашение», «концессионный договор», «договор концессии» используются как синонимы.

Договор аренды и договор концессии. Вопрос о соотношении договора концессии и договора аренды был предметом исследования ученых уже в 20-е годы XX века. Некоторые исследователи периода НЭПа считали эти договоры практически идентичными.

«Концессии представляют собой ту же аренду», – писал Н.И. Бухарин [3]. Аналогичной точки зрения придерживался крупнейший советский правовед-цивилист профессор А.В. Венедиктов, который называл концессии о сдаче существующих предприятий по своей юридической природе договорами аренды [4]. В.И. Ленин говорил о концессии как о «своего рода арендном договоре. Капиталист становится арендатором части государственной собственности по договору на определенный срок, но не становится собственником» [5].

Большинство современных ученых исходят из необходимости разграничения данных видов договоров. Анализируя договор концессии участка лесного фонда и договор аренды, некоторые исследователи указывают, что при аренде государство удовлетворяет свой интерес за счет получаемой арендной платы, а при концессии государство стремится достичь при помощи инвесторов (концессионеров) общественно значимых результатов [6]. Типичным (квалифицирующим) признаком концессионного договора, по мнению других авторов, следует признать предоставление концессионеру права пользования определенным объектом государственной собственности, то есть по данному договору передаются исключительные права, а не само имущество [7]. Это отличает его от договора аренды, так как последний направлен на передачу в пользование именно имущества. Подобное мнение высказано и С.А. Сосной: «... концессионеру предоставляется не само имущество, а право пользования (или исключительное право пользования) имуществом. Концессионное право пользования имуществом концедента весомее, полнее, «качественнее» арендных прав» [8].

Представляется, что договор аренды и концессии имеют существенные отличия, несмотря на схожесть некоторых элементов.

По договору аренды арендодатель обязуется предоставить арендатору имущество за плату во временное владение и пользование или во временное пользование (ст. 606 Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ)).

* В.С. Бушмин, Красноярский государственный университет, 2006.

По концессионному соглашению концессионер обязуется за свой счет создать и (или) реконструировать определенное этим соглашением недвижимое имущество, право собственности на которое принадлежит или будет принадлежать другой стороне (концеденту), осуществлять деятельность с использованием (эксплуатацией) объекта концессионного соглашения, а концедент обязуется предоставить концессионеру на срок, установленный этим соглашением, права владения и пользования объектом концессионного соглашения для осуществления указанной деятельности (ч. 1 ст. 3 Закона о концессиях).

Сущность арендных отношений сводится к следующему. Арендодатель заинтересован в получении арендной платы, сохранении количественных и качественных характеристик имущества. Арендатор желает получить это имущество и использовать его по собственному усмотрению (в пределах предусмотренных соглашением сторон или законом). Вместе с тем арендодатель не может обязать арендатора осуществлять какую-либо деятельность с использованием этого имущества, арендатор, в свою очередь, вправе вообще не использовать арендованное имущество либо использовать его частично.

Несмотря на обязанность концедента предоставить концессионеру права владения и пользования объектом концессионного соглашения, концессионные отношения содержат более жесткие правовые предписания в отношении использования имущества (объекта концессионного соглашения). Так, концедент заинтересован не в получении платы за пользование объектом концессионного соглашения как таковой, а заинтересован в создании и (или) реконструкции силами частных субъектов определенного общественно значимого недвижимого имущества, во-первых, а во-вторых, в осуществлении квалифицированного управления этим имуществом (осуществлении деятельности с использованием имущества). Концессионер, в свою очередь, заинтересован в получении прибыли от осуществления деятельности с использованием полученного объекта.

Более того, концессия осложнена отношениями подрядного типа, а именно обязанностью концессионера за свой счет создать и (или) реконструировать определенное недвижимое имущество. Это обстоятельство подчеркнул В.Н. Шретер, анализируя концессии периода НЭПа: «Арендатор должен вернуть обратно то оборудование и имущество в натуре, которое получил. Концессионер, который получил имущество на десятки лет, в отличие от арендатора должен вернуть правительству уже не тот завод и не то оборудование» [9].

Возвращаясь к такому признаку, как исключительность передаваемых прав, подчеркнем, что законодатель не упоминает об особом характере права пользования объектом концессионного соглашения. Более того, что касается различий конструкций «передача прав владения и пользования имуществом» и «передача имущества», то думается, что употребление одной из них в данном контексте не является способом разграничения аренды и концессии. Так, в соответствии с ч. 15 ст. 3 Закона о концессиях права владения и пользования концессионера объектом концессионного соглашения подлежат государственной регистрации в качестве обременения права собственности концедента. Государственная регистрация прав владения и пользования концессионера созданным объектом концессионного соглашения осуществляется *одновременно* с государственной регистрацией права собственности концедента на этот объект. Соответственно, права владения и пользования возникают «автоматически» с момента государственной регистрации права собственности, а значит, не требуется дополнительных действий со стороны концедента по передаче этих прав. Но в силу того, что вещные права неотделимы от вещи, на концеденте лежит обязанность передать концессионеру объект концессионного соглашения. Аналогичным образом складываются отношения при аренде. Права владения и пользования арендованным имуществом возникают у арендатора с момента заключения договора, а на арендодателе лежит обязанность лишь передать вещь. Таким образом, представляется, что формулировка Закона о концессиях, содержащая положение о том, что концедент обязуется предоставить концессионеру права владения и пользования объектом концессионного соглашения (ч. 1 ст. 3 Закона о концессиях), не совсем корректна. Подход, выраженный законодателем, может породить существенное затруднение оборота, когда концессионер, имеющий право владения и пользования, будет вынужден требовать передачи имущества.

Договоры подрядного типа и договор концессии. Российский законодатель, давая определение концессии, объединил в предмете концессии несколько разновидностей классических концессий: *концессии публичной службы* (service publique) и *концессии на осуществление общественных работ* (de travaux publics). Так, концессионер обязуется за свой счет создать и (или) реконструировать определенное имущество и осуществлять деятельность с использованием (эксплуатацией) этого имущества (ч. 1 ст. 3 Закона о концессиях).

Концессии на осуществление общественных работ (de travaux publics) традиционно соотносят с договорами подрядного типа, поскольку каждый из них предусматривает обязанность произвести определенные работы.

Принципиальные различия между договором концессии на осуществление общественных работ и договорами подрядного типа были обозначены С.А. Сосной: «Если по договору подряда производство таких работ является основной целью договора, ... то по концессионному договору выполнение работ является условием, которое государство устанавливает для пользования предоставляемым имуществом или выполнения определенного вида деятельности» [10].

Вторым отличием, хотя и формальным, справедливо названным С.А. Сосной, является условие о вознаграждении. В подрядных отношениях работу подрядчика оплачивает заказчик, концессионные отношения, как правило, не предусматривают обязанности концедента оплатить создание или реконструкцию объекта концессионного соглашения. Затраты концессионера компенсируются при осуществлении деятельности с использованием этого имущества либо, в случаях, предусмотренных договором, концедентом.

Названные разграничительные критерии можно дополнить лишь тем, что предмет концессионного соглашения значительно шире предмета договора подряда. Отношения сторон договора концессии по созданию и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения (отношения подрядного типа) представляют лишь часть предмета договора концессии.

В то же время нельзя исключать возможность применения норм, посвященных подряду, к договору концессии в части строительства или реконструкции недвижимого имущества, поскольку Федеральный закон содержит лишь одну статью, регулирующую подрядные отношения в рамках договора концессии, – это ч. 2 и 3 ст. 9 Закона о концессиях. Названная норма указывает, что концедент осуществляет контроль за соблюдением концессионером условий концессионного соглашения, в том числе за исполнением обязательств по срокам создания и (или) реконструкции объекта концессионного соглашения, осуществлению инвестиций в его создание и (или) реконструкцию, обеспечению соответствия технико-экономических показателей объекта концессионного соглашения установленным концессионным соглашением технико-экономическим показателям. При этом представители концедента не вправе вмешиваться в осуществление хозяйственной деятельности концессионера и разглашать сведения, отнесенные концессионным соглашением к сведениям конфиденциального характера или являющиеся коммерческой тайной. Данная норма закона очень схожа по содержанию со ст. 748 ГК РФ, хотя, в отличие от ГК РФ, менее детально регулирует надзорные и контрольные функции концедента и последствия исполнения или неисполнения указаний концедента.

Договор коммерческой концессии и договор концессии. Терминологически договор концессии и договор коммерческой концессии содержат сходное обозначение, но содержательно они принципиально различаются.

Понятие «коммерческая концессия» было использовано при подготовке ГК как наиболее соответствующее по смыслу английскому «franchising». Что же касается терминов «франчайзинг» («франшиза»), то в современных зарубежных правовых порядках они используются для обозначения договоров, одним из основных условий которых является предоставление одним предпринимателем другому разрешения на коммерческое использование комплекса исключительных и иных прав.

Так, по договору коммерческой концессии одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю (п. 1 ст. 1027 ГК РФ).

В.В. Витрянский считает, что «данное понятие не имеет ничего общего с концессионными и иными аналогичными соглашениями» [11]. Причем свое мнение ученый основывает на определении, данном М.М. Богуславским. Под концессионным договором разумеется договор, в соответствии с которым государство на возмездной и срочной основе предоставляет иностранному инвестору *исключительное право на осуществление определенной деятельности* и передает иностранному инвестору право собственности на продукцию и доход, полученные в результате такой деятельности [12].

Данное определение договора концессии свойственно западным правовым порядкам. Руководствуясь схожим определением концессионного соглашения, другой ученый – К.И. Налетов делает противоположный вывод: «При всей очевидности различия этих двух типов правоотношений нельзя не отметить одного, имманентно присущего им обоим признака – *исключительность передаваемых прав*, выражающаяся в объективной невозможности для иных лиц иметь и осуществлять их, хотя и по разным основаниям» [13].

В то же время, как отмечает С.А. Сосна, «само по себе понятие *исключительных прав* в российском гражданском законодательстве признается, но сфера действия таких прав ограничивается отношениями интеллектуальной собственности» [14]. Основываясь на этом постулате, российский законодатель не называет концессионную деятельность (или деятельность с использованием объекта концессионного соглашения) исключительной. Более того, приведенный перечень сфер приложения концессионного соглашения дает основания полагать, что передаваемые права не являются исключительными.

Есть и еще одно сходство, оба договора, как самостоятельные виды гражданско-правового договора, носят комплексный характер. В то же время элементы, входящие в состав предмета, принципиально различны. Анализируя предмет договора коммерческой концессии, В.В. Витрянский указывает, что в договоре коммерческой концессии можно увидеть отдельные условия, присущие лицензионному договору (предоставление права на использование исключительных прав); договору простого товарищества (сотрудничество правообладателя и пользователя, направленное на достижение общего результата); договору купли-продажи (возмездная передача технической и коммерческой документации); договору комиссии и агентскому договору (совершение пользователем сделок и иных юридических и фактических действий, объективно способствующих удовлетворению интересов правообладателя) и некоторым иным гражданско-правовым договорам [15]. Вместе с тем, как обоснованно отмечает Е.А. Суханов, «договор коммерческой концессии (фран-

чайзинг) не относится к числу смешанных (комплексных) [16] договоров в смысле п. 3 ст. 421 ГК РФ. Не является он и разновидностью известных гражданскому праву договоров, на базе которых он развивался. В соответствии с ГК РФ договор коммерческой концессии представляет собой вполне самостоятельный вид гражданско-правового договора...» [17].

Несмотря на то, что договор концессии включает в себя элементы аренды, подряда, договора оказания услуг, его также нельзя отнести к смешанным договорам. Концессионное соглашение, также как и договор коммерческой концессии, является комплексным, самостоятельным договором.

Следует подчеркнуть еще одно отличие. Публичное образование может выступать в качестве стороны в договорных обязательствах как и другие участники гражданских отношений, например в договоре аренды. Кроме того, законодательством предусмотрены договоры, одной из сторон которых может быть *только* публично-правовое образование, например договор на выполнение подрядных работ для государственных или муниципальных нужд. Особенность договора коммерческой концессии состоит в том, что, согласно п. 3 ст. 1027 ГК РФ, его сторонами могут быть коммерческие организации и граждане, зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей. А значит, сама конструкция договора франчайзинга не расчитана на участие в нем публично-правового образования.

Договор доверительного управления имуществом и договор концессии. Как отмечается в литературе, не каждый собственник может управлять своим имуществом эффективно, зачастую он нуждается в услугах профессионала – управляющего и в обеспечении своих интересов с помощью специальных правил об ответственности этого профессионала [18]. Целью вступления в договорные отношения по доверительному управлению имуществом для его собственника может служить стремление передать его в руки профессионального управляющего для извлечения максимальных выгод от эксплуатации этого имущества. Эту же цель преследует публичный собственник, заключая концессионное соглашение. Данное обстоятельство объединяет названные виды договоров. Однако мотивы поведения собственника, передающего имущество, и обстоятельства, послужившие основанием для подобных действий, как правило, не имеют правового значения.

Вместе с тем механизмы достижения названной цели различны по своему содержанию. По договору доверительного управления имуществом (п. 1 ст. 1012 ГК) одна сторона (учредитель управления) передает другой стороне (доверительному управляющему) на определенный срок имущество в доверительное управление, а другая сторона обязуется осуществлять управление этим имуществом *в интересах* учредителя управления или указанного им лица (выгодоприобретателя).

Ключевым для нашего исследования представляется указание ГК РФ на то, что управление осуществляется в интересах учредителя управления или выгодоприобретателя. Данное обстоятельство было справедливо описано В.А. Дозорцевым: «Собственник в этом случае возлагает на другое лицо – управляющего – осуществление всех своих правомочий, отказавшись на то или иное время от их личного осуществления, но оговорив сохранение за собой выгод от эксплуатации собственности. Естественно, что лицо, осуществляющее работу по управлению имуществом и обеспечивающее выгоды собственнику, приобретает за выполнение своей работы право на вознаграждение. Именно в этом заключается смысл института доверительного управления. При этом управляющий осуществляет деятельность не в своих интересах, а в интересах собственника» [19].

В отличие от договора доверительного управления имуществом, по общему правилу, доходы, полученные концессионером в результате осуществления деятельности, которая предусмотрена концессионным соглашением, являются собственностью концессионера (ч. 7 ст. 3 Федерального закона). Таким образом, осуществляя деятельность с использованием имущества концедента, концессионер, прежде всего, заинтересован в своей прибыли. Концедент, в свою очередь, получает новое или модернизированное имущество, а также достигает еще одной цели: использование публичного имущества во благо населения.

Еще одна особенность договора доверительного управления была подчеркнута В.В. Витрянским: «Данная услуга представляет собой не конкретные сделки и фактические действия, а в целом деятельность по управлению имуществом» [20]. Таким образом, учредителя управления, как правило, не интересует способ использования его имущества, при заключении договора он заинтересован лишь в получении определенных материальных выгод, поэтому доверительный управляющий осуществляет правомочия собственника по собственному усмотрению. Концедент, будучи публично-правовым образованием, должен обеспечить защиту публичных интересов, поэтому вопрос о способе (характере деятельности с использованием объекта концессионного соглашения) управления является ключевым при заключении договора концессии (п. 2 ч. 1 ст. 10 Федерального закона)

Кроме того, при обращении к п. 2 ст. 1012 ГК РФ можно подчеркнуть следующую особенность договора доверительного управления имуществом: доверительный управляющий вправе совершать в отношении этого имущества в соответствии с договором доверительного управления *любые* юридические и фактические действия в интересах выгодоприобретателя. Конструкция «любые юридические и фактические действия» подразумевает, что доверительный управляющий вправе реализовать *в полном объеме* все полномочия собственника: владение, пользование и *распоряжение* [21]. Пункт 1 ч. 1 ст. 8 Федерального закона предостав-

ляет концессионеру право распоряжаться объектом концессионного соглашения в порядке, установленном Федеральным законом и концессионным соглашением. В то же время закон не предусматривает механизма реализации данного правомочия. Концессионер вправе лишь *владеть и пользоваться этим* объектом концессионного соглашения. Если даже допустить возможность распоряжения, то, в отличие от договора доверительного управления имуществом, содержание этого права должно быть ограниченным.

Соглашение о разделе продукции и концессионное соглашение. Согласно п.1 ст.1 Федерального закона Российской Федерации от 30.12.1995 № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции» [22] соглашение о разделе продукции является договором, в соответствии с которым Российская Федерация предоставляет субъекту предпринимательской деятельности на возмездной основе и на определенный срок исключительные права на поиски, разведку, добычу минерального сырья на участке недр, указанном в соглашении, и на ведение связанных с этим работ, а инвестор обязуется осуществить проведение указанных работ за свой счет и на свой риск. Причем соглашение должно содержать условия и порядок раздела произведенной продукции между сторонами.

Соглашение о разделе продукции мало изучено наукой гражданского права. Вместе с тем имеются отдельные высказывания по поводу соотношения указанных договоров.

К.И. Налетов, ссылаясь на мнение С.А. Сосны, указывает, что соглашение о разделе продукции является видом концессии, поскольку правовая природа данных форм взаимодействия государства и инвесторов практически совпадает. Ученый указывает, что относительное различие этих двух договорных обязательств состоит лишь в том, что, во-первых, концессионное соглашение предполагает в основном денежную форму платы за пользование недрами – роялти, в то время как режим соглашений о разделе продукции оставляет возможность взимать плату за пользование недрами и эксплуатацию природных ресурсов в товарной форме, во-вторых, инвестор (в отличие от концессионера) обладает правом собственности лишь на часть произведенной им продукции [23].

Между с тем, по мнению С.А. Сосны, по своей экономической сущности и, прежде всего, по характеру отношений собственности соглашение о разделе продукции – не концессионный договор. Классическая концессия предполагает передачу в собственность концессионера всей произведенной им продукции, из которой последний уплачивает государству установленные платежи. По соглашению о разделе продукции инвестор получает только часть произведенной продукции. Ученый указывает, что и по концессионному договору государство может получать часть платежей в натуральном виде, но это не раздел продукции, а лишь простая замена денежной формы расчетов на натуральную [24]. Несмотря на различия между договорами, на взгляд С.А. Сосны, они обладают общими принципиальными признаками: единым концедентом в лице государства; одними и теми же концессионными объектами; одинаковым порядком предоставления исключительных прав.

В.В. Витрянский указывает, что соглашение о разделе продукции отличается от концессионного договора тем, что продукция, которая получена в результате осуществления деятельности, разрешенной инвестору, распределяется между государством и инвестором на условиях, установленных соглашением о разделе продукции [25].

Согласно ст. 136 ГК РФ, по общему правилу, поступления, полученные в результате использования имущества (плоды, продукция, доходы), принадлежат лицу, использующему это имущество на законном основании. В то же время законом или иным правовым актом, а также договором об использовании имущества может быть установлено иное. Законом, закрепляющим исключение из общего правила, является Федеральный закон «О соглашениях о разделе продукции», п. 1 ст. 9 которого устанавливает, что только часть произведенной продукции принадлежит инвестору, другая же часть принадлежит собственнику недр, то есть государству. Часть 7 ст. 3 Федерального закона «О концессионных соглашениях» дублирует общее правило, в соответствии с которым продукция и доходы, которые получены концессионером в результате осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением, являются собственностью концессионера. А значит, различие договоров, выделенное названными авторами, вполне справедливо.

Вместе с тем концессионное соглашение может установить исключение из общего правила, и тогда предложенный отличительный признак не позволит разграничить договор концессии и договор о разделе продукции.

Помимо названного признака, Федеральный закон «О концессионных соглашениях» дает возможность выделить еще ряд отличий. Прежде всего объектом соглашения о разделе продукции является участок недр (п. 1 ст. 2 Федерального закона «О соглашениях о разделе продукции»), в свою очередь, природные ресурсы не могут быть объектом концессионного соглашения (ст. 4 Закона о концессиях). Особенность объекта соглашения о разделе продукции определяет специфику сторон этого соглашения. Так, участки недр могут находиться только в государственной собственности (п. 1 ст. 3 Федерального закона «О соглашениях о разделе продукции»), поэтому одной из сторон соглашения всегда выступает Российская Федерация, ни субъект Федерации, ни муниципальное образование заключить такой договор не могут. Более того, если в предмет договора концессии входят строительство и (или) реконструкция объекта и осуществление определен-

ной деятельности, то по соглашению о разделе продукции инвестор лишь обязан осуществлять деятельность: поиск, разведку, добычу минерального сырья и ведение связанных с этим работ.

Таким образом, по своей экономической сущности классическая концессия не отличается от отношений, связанных с заключением соглашения о разделе продукции. В то же время Федеральный закон «О концессионных соглашениях» закрепил ряд отмеченных формальных отличий, которые на данный момент позволяют разграничить концессию от соглашения о разделе продукции.

В заключение необходимо отметить, что, несмотря на сходство элементов, входящих в состав концессионного соглашения, и ряда договоров, поименованных ГК РФ и иными федеральными законами, договор концессии является самостоятельным, отличным от других, видом договора. В литературе отсутствует единое мнение о системе гражданско-правовых договоров, почти каждый автор предлагает свой подход к систематизации договоров. Наиболее распространенная классификация предполагает дифференциацию всех гражданско-правовых договоров на четыре группы: договоры на передачу имущества; договоры на выполнение работ; договоры на оказание услуг; договоры, направленные на учреждение различных образований [26]. Но даже при таком подходе специфика предмета концессионного соглашения не позволяет отнести его к той или иной группе, это дает основание считать, что договор концессии занимает особое место в системе гражданско-правовых договоров.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ И ПРИМЕЧАНИЯ

1. О концессионных соглашениях: ФЗ РФ от 21.07.2005 № 115-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 30 (2 ч.). Ст. 3126.
2. Налетов К.И. Еще раз о правовой природе концессионного соглашения / К.И. Налетов // Право и политика. – 2005. – № 3. – С.34.
3. Бухарин Н.И. Избранные произведения / Н.И. Бухарин. – М., 1988. – С. 173.
4. Сосна С.А. Концессионное соглашение: теория и практика / С.А. Сосна. – С. 118.
5. Ленин В.И. Полное собрание сочинений / В.И. Ленин. – Т. 43. – С. 249.
6. Хаустов Д.В. Публично-правовые договоры в сфере использования и охраны лесов / Д.В. Хаустов // Экологическое право. – 2005. – № 5. – С. 19.
7. Кокоева Л.Т. Отграничение договора аренды земельных участков от смежных категорий / Л.Т. Кокоева // Юрист-правовед. – 2004. – №1. – С. 22.
8. Сосна С.А. Концессионное соглашение: теория и практика/ С.А. Сосна. – С. 156.
9. Шретер В.Н. Концессионное право / В.Н. Шретер // Вестник промышленности, торговли, транспорта. – 1923. – № 9-10. – С.14.
10. Сосна С.А. Концессионное соглашение: теория и практика / С.А. Сосна. – С. 159.
11. Брагинский М.И. Договорное право. Книга третья / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. – М., 2003. – С. 977.
12. Богуславский М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. - М., 1998. – С. 225.
13. Налетов К. И. Еще раз о правовой природе концессионного соглашения / К.И. Налетов // Право и политика. – 2005. – № 3. – С.28.
14. Сосна С.А. Концессионное соглашение: теория и практика / С.А. Сосна. – С.162.
15. Брагинский М.И. Договорное право. Книга третья / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. – М., 2003. – С. 983.
16. Применительно к п. 3 ст. 421 ГК, Е.А. Суханов отождествляет понятия «смешанный» и «комплексный». В тексте данной работы понятие «комплексный» договор имеет иное содержание, комплексный договор – это самостоятельный сложный договор, элементы которого конструирует законодатель, смешанный же договор имеет место только тогда, когда участники гражданских правоотношений сами, своей согласованной волей смешивают (конструируют) условия договора, используя при этом элементы нормативно установленных договоров, включая комплексные (Огородов Д.В., Чельшев М.Ю. К вопросу о видах смешанных договоров частном праве // Законодательство и экономика. 2006. № 2. С. 53 – 60).
17. Гражданское право: в 2 т. Том II. Полутом I: учебник / отв. ред. проф. Е.А. Суханов. – М., 2003. – С. 626-627.
18. Михеева Л.Ю. Доверительное управление имуществом / Л.Ю. Михеева; под ред. В.М. Чернова. - М., 1999. – С. 70.
19. Дозорцев В.А. Доверительное управление имуществом (глава 53) / В.А. Дозорцев // Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (Часть вторая) / под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. - М., 1996. - С. 537.
20. Брагинский М.И. Договорное право. Книга третья / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. – М., 2003. – С. 844.
21. Суханов Е.А. Договор доверительного управления имуществом / Е.А. Суханов // Вестник ВАС РФ. - 2000. - № 1. - С. 46.
22. О соглашениях о разделе продукции: ФЗ РФ от 30.12.1995 № 225-ФЗ (ред. от 29.12.2004) // СЗ РФ. - 1996. - № 1. - Ст. 18.

23. Налетов К. И. Еще раз о правовой природе концессионного соглашения / К.И. Налетов // Право и политика. - 2005. - № 3. - С.34.
24. Сосна С.А. Концессионное соглашение: теория и практика. – С.39.
25. Брагинский М.И. Договорное право. Книга третья. - С. 977.
26. Брагинский М.И. Договорное право. Книга вторая / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. – М., 2003. – С. 7-8.

А.А. Василец*

ОПИСАНИЕ СОСТАВА ПРЕСТУПЛЕНИЯ МОШЕННИЧЕСТВА ПО НЕМЕЦКОМУ И РОССИЙСКОМУ УГОЛОВНОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ

Пожалуй, едва ли какая-либо статья Уголовного закона задает такое большое количество новых проблем или вариантов уже известных вопросов, как положение статьи 263 Уголовного закона Германии.

Петер Граммер [1]

В качестве предисловия стоит упомянуть, что в российском уголовном праве существует едва ли меньше проблем, которые ставит перед теорией и практикой мошенничество. Вместе с тем, если формулировка мошенничества по Уголовному кодексу Российской Федерации имеет всего лишь почти десятилетнюю историю, то сегодняшний состав мошенничества, закрепленный в статье 263 Уголовного закона Германии (далее - УК ФРГ), – продукт XIX века. В этой связи рассмотрение и сопоставление российского и германского составов преступления мошенничества имеет смысл, поскольку уголовное право Германии имеет в этой части устойчивые теоретические и практические правовые традиции. Особенно вызывают интерес также и основные подходы к решению практических и теоретических задач в этой области.

Проблемам мошенничества в российской уголовно-правовой литературе уделялось и продолжает уделяться большое внимание [2]. Как мы увидим в дальнейшем, германские правоведы также весьма подробно изучают это преступление. Имеющийся подход к рассмотрению мошенничества в обеих странах базируется, по нашему мнению, на основной составляющей – средстве и способе совершения мошенничества – обмане.

В сущности, многие моменты мошенничества, связанные с обманом, на наш взгляд, общие для уголовного законодательства не только России и Германии, но и других стран, чье уголовное законодательство признает аналогичные мошенничеству конструкции. Таким образом, базис совершения мошенничества в обеих странах – административно-правовые или гражданско-правовые отношения – является постоянной основой совершения этого преступления.

Германское уголовное право оказало огромное влияние на становление уголовной (и не только) правовой науки России. Однако структура составов преступлений по российскому и германскому законодательству имеет некоторые существенные различия, несмотря на то, что цели использования объективных и субъективных элементов (по германскому законодательству объективного и субъективного состава преступления [3]) направлены на установление фактических и юридических оснований привлечения к уголовной ответственности [4].

Следует также заметить, что существуют и более концептуальные различия германского и российского уголовного права. В качестве интересного примера особенности германского уголовного права можно привести то, что уголовное право Германии, являясь по своей природе публичным правом, по традиции относится к частному праву, так как многие его положения выработаны именно для защиты отношений, регулируемых частным правом [5].

В подтверждение влияния германского уголовного права в российской юридической литературе в свое время высказывалось мнение о том, что субъект преступления не является элементом его состава. Данный довод хоть и не нашел подтверждения в российской уголовно-правовой науке [6], но уместен при рассмотрении конструкции состава преступления по германскому законодательству. Вместе с тем наиболее общим моментом, позволяющим сопоставлять и сравнивать, служит то, что главным основанием для привлечения к уголовной ответственности считается осуществление установленного законом состава преступления [7].

Не вдаваясь в конструктивные особенности состава мошенничества, прежде всего необходимо в качестве схемы привести состав германского мошенничества (ст. 263 УК ФРГ) [8]. Некоторые наиболее важные элементы данного состава преступления будут в дальнейшем рассмотрены более подробно [9] с целью сопоставления и выявления общих моментов, находящихся отражение в российской правовой науке.

* © А.А. Василец, 2006.