



МЕЖДУНАРОДНОЕ БИЗНЕС-ПРАВО И ЗАКОНОДАТЕЛЬНАЯ СРЕДА: ТРАНЗАКЦИОННЫЕ ПОДХОДЫ

Сравнительные правовые системы





При ведении международного бизнеса надо иметь в виду, что в разных странах, континентах уже сложились определенные культурные и правовые традиции. При партнерском соглашении между двумя партнерами надо исходить из того, что чье право будет применяться. В данном случае, если в Китае применяется больше гражданского права, и партнеры из Британии в основном опираются на общее право, то возникает конфликт права, и партнёрам уже в самом начале нужно решить какое право будет применяться при решении споров.

Суд принимает различное участие в самом рассмотрении данного дела, и обычно при заключении международных договоров стороны делают оговорки о том, где должно рассматриваться дело или же вместо того, чтобы указывать суд определённой страны, стороны часто ссылаются на международный Арбитраж. В таких случаях для успешного ведения бизнеса нужно очень хорошо знать законодательство страны партнера, ведь в разных странах по-разному относятся к составлению договоров. Например, в странах с традицией общего права, в Британии или же в Америке, стороны имеют полную свободу договора, то есть всё что они напишут в договоре дальше будет иметь силу, и суд уже при принятии решения будет опираться на сам договор. В некоторых странах договор не имеет такой силы, и имеется определённые обязательства. Например, в Германии. Эта развитая страна связана с этим правом. Даже если договор делается с определенной оговоркой, наличие законодательства, каких-то кодексов, которые регулируют деятельность бизнеса, уже запрещают ставить определенные условия. Даже если в договоре имеются условия, то суд не будет их принимать во внимание. Одним из таких случаев может быть закон о конкуренции. Даже если американский партнер при работе с европейским партнером указал, что у европейского партнёра имеется ограничение по территории при дистрибуции товара, но Европейский суд или в суд определённой Европейской стране может сослаться на закон о конкуренции и отменить условия данного договора. Или же не принять это условие во внимание, так как оно нарушает свободу конкуренции. Из-за такой разницы подходов контракты сами по себе имеют различную длину, контракты с американскими и британскими партнерами могут быть очень длинными на 20 страниц, иногда доходить до сотни страниц. Потому что в этих контрактах оговаривается всё до мелочей, и партнеры пытаются учесть все случаи, которые могут возникнуть в будущем.

При работе в Германии или в Японии контракты могут быть очень короткими, потому что в данном случае многие возможные ситуации, которые могут возникнуть в будущем, будут решаться, ссылаясь на имеющиеся гражданский кодекс, а также на другие кодексы. В Германии это делается больше из-за того, что существует регулирование, нормативные акты и в основном контракт ссылается на них, а в Японии в основном ссылка идет на культурные нормы и традиции. То есть партнёры уже изначально знают, что имеются определенные традиции и обычаи, которым они должны следовать. Конечно, в контракте указываются основные определения.

Различия между правовыми традициями и правовыми системами. Правовая система может опираться на правовые традиции. Правовая традиция, которая основана на общем праве, в основном доминирует в правовых системах при Британии или же Америки, также в бывших колониях Британии. Правовые системы Малой Азии, Австралии основаны на традиции общего права. Правовые системы Германии, Франции основаны на традиции гражданского права. Эти различия влияют на юридическое мышление и сам процесс судебного разбирательства.

Когда мы говорим о юридическом мышлении, то это как участники процесса относятся к делу, что принимают во внимание, на что ссылаются. А когда мы говорим про судебное разбирательство, то это роль судей в самом процессе. В общем праве, например, судья – это больше как арбитр. И нахождение фактов, доказательства вины или же обратное ложиться на сторону прокуратуры или же защиты. В гражданском праве судья не только арбитр, но также может вмешиваться в дела.

Такие различия в традициях влияют на правовые системы стран и на то, как ведется, рассматривается дело в условиях существования различных традиций, различных систем. Проводятся исследования сравнительного права, и такого рода исследования проводят в основном с тремя целями, первое – это применение в процессе обучения, в тренинге, где в подготовке юристов, адвокатов, судей нужно иметь ввиду эти различия. Так как эти суды могут рассматривать дела, где участвуют партнеры из разных стран или же адвокаты, юристы



могут участвовать в делах, в которых участвуют партнёры, иногда из двух или более стран. В данном случае подготовка данных юристов, адвокатов требует исследования и обучения по сравнительному праву. Также такого рода исследования помогают при выработке проектов международных договоров.

Также можно говорить о правовом заимствовании. Исследования проводятся для того, чтобы заимствовать определенные нормы права. Например, Китай или же постсоветские страны после получения независимости начали заимствовать многие нормы Международного права, в данном случае если говорить о Китае или же России и других постсоветских странах, то в основном заимствование слов из Гражданского права, которое доминировало в Континентальной Европе, особенно германского права. Конечно, такого рода заимствования требуют различных исследований, а также сравнение различных традиций. Но возникают проблемы, когда заимствуется норма закона и когда она применяется в стране. Она уже ложится на существующую культурную правовую традицию, и могут возникать определенные проблемы. Но всё равно заимствование приходится совершать, так как Китай раньше использовал социалистическую модель, но начиная с 1978 года были открыты двери к работе с западными партнерами. Для этой работы было необходимо заимствовать много норм законодательства. И исследования китайских ученых и других ученых помогли в этом процессе.

Существует два подхода в сравнительном правоведении. Первый подход – это подход общего ядра, предложенный Рудольфом Сакко. Здесь используются схожести между правовыми традициями и системами для того, чтобы найти правильное решение. А второй подход – это подход лучших правил, предложенные Рудольфом Шлезингером. В данном случае рассматриваются различия между правовыми традициями, и производится поиск лучшей альтернативы для принятия решений.

Основные правовые традиции. Традиция Гражданского права появилась в Европе, и в основном она берёт начало из Римского права. В Германии, Испании, Франции принята данная традиция, а также распространена через колонизации во многие страны мира. Эта традиция основана на кодификации права, то есть существующие законы или же нормы, обычаи они кодифицированы в определенных кодексах. Например Гражданский кодекс, Уголовный кодекс, Административно-процессуальный кодекс. И уже эти кодексы имеют основную силу, и судьи, другие участники процесса ориентируются на эти кодексы при принятии решений.

Если говорить об основных документах то, во-первых, это гражданское право при Наполеоне, которое было принято в 1804 году. Также имеется германское гражданское право, которое принято в 1900 году, это было наиболее структурированное право, которое просуществовало до 2001 года, до внесения изменений.

Основные черты гражданского права. Основным источником права является кодекс. Например Гражданский кодекс, Налоговый кодекс, то есть все участники процесса, в основном опираются на эти кодифицированные законы. Во-вторых, отличается роль судей. Потенциальная процессуальная роль судей в том, что судьи принимают участие в разбирательстве, изъясляет факты, также следует отметить неиспользование в законотворчестве кейсов или же решений судов. Если в общем праве решение предыдущих судов или же вышестоящих судов является или же имеет силу закона или же судьи при вынесении решения в основном опираются на них, то в гражданском праве решения судей не принимаются или же не влияют на законотворческий процесс. Также следует отметить значение ученых. Академическое сообщество, ученые, которые занимаются правом, имеют очень сильное влияние, они участвуют в законотворческом процессе, а также наряду с судьями занимаются интерпретацией существующих законов.

Традиция общего права зародилась в Англии. Несмотря на то что Англия тоже являлась колонией Римской империи, нормы гражданского права или же традиция Гражданского права не прижилась на этом острове. Общее право начало зарождаться после нормандского завоевания Англии. Одним из основных документов была, во-первых, великая хартия вольностей, которая тоже обратила внимание на особую роль судей при принятии решений. Также имеется устав вестминстера, и эти основные документы создали основу для развития общего права.

Также стоит выделить прецедентное право или же роль судей при принятии решений и их нормотворчество. То есть при рассмотрении дела судья ссылается не на кодексы или законы, или же не только на них, а принимает во внимание те предметы, которые были или которые



случились, а также здесь имеются исследования, решения вышестоящих судей, то есть судья низшей инстанции должен следовать тем решениям, которые были приняты судьями высшей инстанции.

Законы также являются частью общего права, но они не имеют такой силы как кодексы в гражданском праве. Различие в общем и Гражданском праве влияет не только на то, как принимаются решения и разрешаются споры, но также на сам процесс подготовки судей, адвокатов.

Китайская правовая традиция. В Китае правовая традиция основывается на двух основных традициях. Первое – это конфуцианство, а второе – это легализм. Если говорить о конфуцианстве, то оно основано на первенстве моральных ценностей и репутации. То есть при ведении дел, переговоров, и при осуществлении партнерства стороны должны руководствоваться моральными ценностями и следить за сохранением репутации. Партнёры, стороны изначально при ведении переговоров о заключении договора и торговли должны следовать моральным принципам и конфуцианства. В основном учить предпринимателей соблюдать репутацию и не нарушать правил.

Второй подход китайской правовой традиции – легализм, наоборот уделяет больше внимания именно правовым нормам или же главенству права, и сильному государству. То и здесь все должны быть равны перед правом, и в переговорах о торговле все должны следовать праву. Также для осуществления этого права необходимо сильное государство, то есть эти две основных традиций и два основных подхода идут вместе в китайской правовой традиции. Конечно, при Мао Цзэдуне была культурная революция и сама политика, которая была нацелена на то, чтобы изжить конфуцианство и принести новые правила, новые сведения китайскому народу. Но начиная с 1977 года Дэн Сяопин начал политику открытых дверей для того, чтобы налаживать связи с внешним миром, усилить торговые, экономические связи, были заимствованы многие нормы из западных стран.

Еще одна правая традиция – это исламское право. Оно доминирует в Саудовской Аравии и ранее в Объединенных Арабских Эмиратах, и других странах. В некоторых странах, как Малайзия, в основном применяется общее право, так как Малайзия была колонией Британии, то здесь гражданское право строится на британской правовой системе. Но также применяются и нормы исламского права. То есть вопросы женитьбы, развода или же наследства в основном решаются исламским правом, шариатом.

Основные источники исламского права. Это – Коран, сунна, иджма и кияс. Коран – это священная книга, и основным источником права считается Коран. А когда это касается торговли или же экономических отношений, то в Коране очень мало правил или же аятов, напрямую указывающих на определенные сделки или же как они должны совершаться. После Корана следует Сунна – это слова и действия Пророка, то есть слова и действия пророка в основном записаны как хадисы. Также существуют определенные своды Хадисов, на которые в основном они опираются, и уже эти действия и слова интерпретируют некоторые аяты Корана, а также более детально говорят о действиях или же правилах, норм, формах поведения. Третий источник – это иджма. Иджма означает единодушное мнение. То есть если что-то не оговорено в Коране или же в сунне, но в этом вопросе существует и единодушное мнение последователей пророка, а также ведущих учёных, то это мнение уже принимается как верное, и основываясь на нём, можно принимать решение. Также четвёртым источником является кияс, то есть аналогии. В данном случае, если нет какого-то правила или же норм, которые существуют в Коране и сунне, или же основываясь иджме, то учёные или судьи применяют аналогии. То есть случился какой-то прецедент, нужно принимать по нему решение и смотреть на схожие прецеденты, которые подошли, и какое по ним было принято решение.

В Коране очень мало говорится об экономических транзакциях, но в некоторых случаях идет прямой запрет на получение вознаграждения от долговых обязательств, или же идет запрет на неразумное повышение цены. В данном случае, когда это касается получения вознаграждения за долговые обязательства, можно сказать, что экономика или экономические транзакции построенные на налоговых обязательствах. То есть компания при ведении торговли занимает деньги, чтобы покрыть свои операционные расходы и возвращает их банкам или другим финансовым организациям с вознаграждением.



Что делать тем компаниям, которые хотят следовать исламскому праву или те которые работают в государствах с исламским правом? Конечно, есть альтернативные методы финансирования, например, как мушарака или же мудараба. Мушарака больше подходит под венчурное финансирование или же выделение акционерного капитала, а мудараба больше подходит под финансирование торговли. То есть в данном случае кто дает капитал является и владельцем тех товаров, которые экспортируются или же импортируются, и вся ответственность за этот товар лежит на мударибе. А тот кто не взял долг, а участвует в этом процессе, то есть сам импортер, он не несет ответственности за этот товар до его полной реализации. То есть существует такого рода механизмы в исламском праве, которые также являются альтернативными для тех, которые в основном применяются в западных странах.

Если говорить о компании, которая экспортирует в другую страну, то для этой компании очень важно знать такие традиции, и какая правовая система существует в данной стране, и как это повлияет на решение споров с партнерами. Но представьте международную компанию, которая работает в десятках странах мира, и здесь требуется знание правовых систем во всех этих странах.

Что делать в данном случае? Одним из альтернативных вариантов при решении споров, которые касаются международных бизнес транзакций, является применение арбитража. Во многих случаях партнеры при составлении договора могут делать оговорку о том, что при возникновении диспута или же спора, этот спор будет решаться не на территории определенной страны, где работают эти партнеры, и не в суде, а в международном арбитраже. Сейчас существует очень много международных ассоциаций, которые предлагают арбитражные услуги. И растёт роль арбитража в международных бизнес транзакциях. Арбитражные ассоциации имеют очень высокую репутацию. Можно говорить о тех организациях в Париже, в самом Китае, в Нью Йорке, то есть компании для того чтобы избежать различных трактовок, применения различных традиций при возникновении споров, ссылаются или же решают изначально использовать возможности международного арбитража.

То есть сейчас можно сказать, что появляется новая «Lex mercatoria», новое торговое право, которое основано на использовании сравнительного анализа и основывается на обычаях и практиках международного бизнеса. Это новое «Lex mercatoria» продвигается со стороны этих арбитражных ассоциаций, которые предлагают свои услуги для международных компаний для решения их споров. Они разрабатывают новую «Lex mercatoria», основываясь на тех источниках, о которых мы говорили, и конечно же, основным здесь является именно исследование сравнительного права.

Если говорить о преимуществах Арбитражного права или же о преимуществах решения споров в международном арбитраже. То здесь можно выделить три основных преимуществ. Во-первых, стороны изначально сами выбирают арбитра. Во-вторых, при возникновении спора стороны могут сами выбирать, какие нормы закона, нормы права или больше какая традиция будет применяться арбитражным трибуналом для разрешения спора. В-третьих, если же стороны не пришли к такому мнению о выборе одной традиции и одной нормы права, то Арбитражный суд, основываясь на сравнительном анализе, на опыте решает, какие нормы права применить для разрешения споров. То есть применение арбитража делает этот процесс более гибким и удобным для всех сторон.