

ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА В КИТАЕ И РОССИИ



中俄法学

№ 3 / 2020

ЕЖЕГОДНИК



ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА В КИТАЕ И РОССИИ

中俄法学

№ 3 / 2020
ЕЖЕГОДНИК

Редакционный совет

Блажеев Виктор Владимирович	председатель редакционного совета, ректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), профессор
Синюков Владимир Николаевич	заместитель председателя редакционного совета, проректор по научной работе Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор
Шпаковский Юрий Григорьевич	главный соредактор, профессор кафедры экологического и природоресурсного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор
Пан Дунмэй	главный соредактор, заведующий Китайско-российским совместным центром сравнительного правоведения при Хэнаньском университете, почетный ученый «Хуанхэ», доктор юридических наук, профессор
Бекашев Камиль Абдулович	профессор, доктор юридических наук
Ван Хайцзюнь	помощник директора Научно-исследовательского института Восточно-Китайского университета политики и права, преподаватель, доктор юридических наук
Ван Чжи Хуа	председатель Исследовательского института сравнительного правоведения при Политико-юридическом университете Китая, доктор юридических наук, профессор
Ван Чуньмэй	профессор Юридического института Хэйлунцзянского университета, доктор юридических наук
Грачева Елена Юрьевна	первый проректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заведующий кафедрой финансового права, доктор юридических наук, профессор
Гун Вин	заместитель директора Юридического института Хэйлунцзянского университета, доктор юридических наук, доцент
Дмитриева Галина Кирилловна	профессор кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор
Исаев Игорь Андреевич	заведующий кафедрой истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор

Лун Чанхай	проректор Маньчжурского института Университета Внутренней Монголии, доктор юридических наук, доцент
Лю Хунянь	профессор Института права Академии общественных наук Китая, доктор юридических наук
Радько Тимофей Николаевич	профессор кафедры теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор
Рарог Алексей Иванович	доктор юридических наук, профессор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
Рассолов Илья Михайлович	профессор кафедры информационного права и цифровых технологий Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, доцент
Ха Шуцзюй	заместитель директора Юридического института Хэйлунцзянского университета, доктор юридических наук, профессор
Ху Дун	директор Юридического института Хэнаньского университета, доктор юридических наук, профессор
Цай Цзюнь	директор Юридического института Хэнаньского университета, доктор юридических наук, профессор
Чжан Цзяньвэнь	начальник Центра по изучению российского права Юго-Западного политического и правового университета (SWUPL), доктор юридических наук, профессор
Ян Чаньюй	начальник Центра по изучению теории права и развития верховенства права Хэйлунцзянского университета, доктор юридических наук, профессор
Севрюгина Ольга Александровна	ответственный секретарь, эксперт отдела научно-издательской политики Научно-исследовательского института Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Содержание

Слово к читателям	7
-------------------------	---

ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ И НАУКА В КИТАЕ И РОССИИ

Обзор международных форумов Хэнаньского университета

<i>Цай Цзюнь, Пан Дунмэй.</i> Уголовно-правовое противодействие организованной преступности (преступности мафиозного характера) в Китае. Обзор I Форума уголовного правосудия «Чжон-юань»	9
<i>Пан Дунмэй, Раднаева Э. Л.</i> Китайско-российская правовая теория и правовая система: состояние и тенденции. Обзор I Форума китайско-российского сравнительного правоведения	13
<i>Лю Ся.</i> Принцип последней инстанции: границы и основа уголовного права. Обзор II Центрально-китайского форума по уголовному правосудию и III Симпозиума на тему «Теория и практика уголовного права Китая»	16

Обзор международных форумов Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

VI Московский юридический форум	19
XX Международная научно-практическая конференция юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова и XVII Международная научно-практическая конференция «Кутафинские чтения» Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)	21

ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА БЕЗ ГРАНИЦ

Современные проблемы цифровизации. Информационное право

<i>Воронов А. М., Шмалий О. В.</i> Международно-правовые стандарты цифровой экономики	23
<i>Егорова М. А., Кожевина О. В.</i> Вопросы регулирования национальных цифровых валют в условиях глобальных мировых вызовов	30
<i>Барабашев А. Г., Пономарева Д. В.</i> Защита научной информации в зарубежном праве	34

Ответственность за нарушения авторских и смежных прав

<i>Лю Ся.</i> Профессиональный запрет, применяемый в расследовании преступлений, связанных с нарушением прав интеллектуальной собственности	38
<i>Гу Юн-чао.</i> Дилемма и выход: основная связь между законом об авторском праве и уголовным правом Китая в части преступлений в области авторского права	44

<i>Юэ Хунцян.</i> О комплексном внедрении и построении законодательства о системе ответственности за нарушение права интеллектуальной собственности в Китае	49
---	----

Охрана окружающей среды и экологическая безопасность

<i>Ван Ли.</i> Анализ законодательства в сфере защиты животных в Китае в контексте построения гармоничного общества	57
---	----

<i>Чжэн Шуцянь.</i> Исследование рационального государственного механизма вмешательства в развитие технологий «Зеленый патент»	66
--	----

Права человека

<i>Евтушенко В. И.</i> Защита конституционных прав и свобод граждан России в правовом институте регулирования миграционных процессов	72
--	----

<i>Ван Чунмэй.</i> Правовая догматическая трактовка и законодательные перспективы защиты чести и достоинства героев и мучеников КНР	78
---	----

Государственное строительство и право

<i>Чжоу Хэн.</i> Юридическая ответственность депутатов перед Всекитайским собранием народных представителей за продажу бюллетеней	86
---	----

<i>Ван Хайцзюнь.</i> Развитие конституционного строя Российской Федерации в переходный период	91
---	----

<i>Исаев И. А.</i> Технология интересов: рынки власти как сети	100
--	-----

<i>Глазунова И. В.</i> О публично-властном механизме осуществления исполнительной власти в Российской Федерации	108
---	-----

Организация судебной деятельности. Судебная экспертиза, криминалистика

<i>Россинская Е. Р.</i> Теория информационно-компьютерного обеспечения криминалистической деятельности как основа инновационного развития криминалистической науки в условиях цифровизации	115
--	-----

<i>Ян Цзинькэ.</i> Анализ основных проблем при вынесении вердиктов судьями	120
--	-----

<i>Ван Цзяхуэй.</i> Построение китайско-российской системы судебного сотрудничества на фоне проекта «Один пояс — один путь»	133
---	-----

Борьба с терроризмом и экстремизмом. Противодействие коррупции

<i>Лун Чанхай.</i> Эволюция уголовного законодательства КНР в сфере борьбы с терроризмом и экстремизмом	139
---	-----

<i>Аникин С. Б., Коваль В. Д.</i> Противодействие коррупции в таможенных органах	143
--	-----

<i>Сун Юй.</i> Сравнительное исследование организованной преступности в Китае и России	147
--	-----

<i>Жаворонкова Н. Г., Шпаковский Ю. Г.</i> Правовое регулирование противодействия кибертерроризму в условиях четвертой промышленной революции	160
---	-----

Международное экономическое сотрудничество: правовые аспекты

Пан Дунмэй, Ван Гуанлун. Исследование по контролю над рисками на китайских и российских предприятиях с помощью правового регулирования трансграничных инвестиций в рамках инициативы «Пояс и путь» 167

Гражданское право. Предпринимательское право

Беляева О. А. Мнимые пробелы в законодательстве о публичных закупках 175

Белицкая А. В., Батайкин П. А. Правовой режим как центральное понятие в рамках кодификации инвестиционного законодательства 179

Алексеев А. П. Меры по защите инвесторов в законодательстве КНР о рекламе 184

Рыженков А. Я. Ошибка как юридический факт в гражданском праве 188

Образовательная среда

Ян Чанью. Подход к инновационной педагогической идее и практике для бакалавриата курса юриспруденции в новую эпоху193

Слово к читателям



Дорогие друзья!
От имени Редакционного совета сердечно приветствуем читателей научного журнала «Юридическая наука в Китае и России» — ежегодного издания, специализирующегося на актуальных и важных проблемах правовой науки наших стран.

Сегодня мы представляем третий номер Ежегодника. Любой научный журнал — это инструмент коммуникации, особенно если он выпускается вузами двух государств.

Минувший 2019 г. имел особое значение для наших государств. В этом году отмечалась 70-летняя годовщина с момента установления дипломатических отношений между Россией и Китаем. В июне 2019 г. Президент РФ Владимир Путин и Председатель КНР Си Цзиньпин в Москве подписали Совместное заявление между Китайской Народной Республикой и Российской Федерацией «О развитии отношений всеобъемлющего партнерства и стратегического взаимодействия, вступающих в новую эпоху», а также приняли решение о проведении годов российско-китайского научно-технического и инновационного сотрудничества в 2020 и 2021 гг. Это первый случай, когда две страны проводят национальные годы на тему научно-технического и инновационного сотрудничества, а также первые национальные годы после вступления китайско-российских отношений в новую эпоху.

В наших странах в полной мере понимают возрастающее значение научно-технического

и инновационного фактора для обеспечения устойчивого социально-экономического развития и повышения конкурентоспособности национальных экономик в условиях глобализации хозяйственных связей и углубления интеграционных процессов.

Следует сказать, что сотрудничество в научной сфере между Московским государственным юридическим университетом имени О.Е. Кутафина (МГЮА) и Хэнаньским университетом является заметным вкладом в развитие китайско-российского научно-образовательного сотрудничества как основы инновационной модели отношений России и Китая.

Роль ежегодного научного журнала «Юридическая наука в Китае и России» объективно возрастает, реализуя общее стремление наших университетов совместно развивать академический журнал китайско-российского юридического обозрения.

Сегодня ежегодный научный журнал «Юридическая наука в Китае и России» — одно из немногих изданий, публикующее научные труды китайских и российских правоведов. Роль и значение научного журнала будет объективно возрастать, так как мы преисполнены надежд относительно будущего научного сотрудничества двух стран. Посредством усиления взаимодействия в сфере науки и образовании партнерские отношения стратегического сотрудничества станут всеобъемлющими, комплексными и будут непрерывно развиваться.



*Главный соредактор, профессор кафедры экологического и природоресурсного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
доктор юридических наук
Ю. Г. Шпаковский*

*Главный соредактор, профессор Юридического института, Института интеллектуальной собственности Хэнаньского университета, доктор юридических наук
Пан Дунмэй*

致读者



亲爱的朋友们！
我们谨代表学术期刊《中俄法学》编委会向各位读者表示诚挚欢迎。《中俄法学》是专门研究中、俄两国法学领域重要前沿问题的学术期刊。

今天呈现给大家的是本刊的第三期。任何学术刊物都是进行学术交流的平台，尤其本刊还是由分属

两个国家的高等学府共同主办的学术期刊，其意义更为深远。

2019年对于中俄两国而言，是具有特殊意义的一年。这一年是中俄建交70周年。2019年6月，中华人民共和国国家主席习近平和俄罗斯总统普京在莫斯科共同签署了《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于发展新时代全面战略协作伙伴关系的联合声明》，两国元首共同确定2020年至2021年举办中俄科技创新年。

中、俄两国充分认识到，在经济关系全球化和一体化进程进一步深化的背景下，科技创新因素在确保社会经济可持续发展和提高国民经济竞争力方面发挥着日益重要的作用。

中俄科技创新合作年是两国首次举办的科技创新合作国家年，也是中俄关系进入新时代后的第一个国家年。

应当说，河南大学和莫斯科国立法律大学（以库塔芬命名）之间的学术合作，开创了中俄关系的创新模式，为中俄两国科学和教育领域的合作发展做出了突出贡献。

河南大学和莫斯科国立法律大学共同创办的学术期刊《中俄法学》，实现了中国和俄罗斯两所高校之间协同共创法学学术期刊的愿望。本学术期刊在学界的影响力与日俱增。

《中俄法学》是目前可以同时刊发中、俄两国法学家学术论著的为数不多的刊物之一。毋庸置疑，我们合作共办的学术杂志《中俄法学》，其作用和重要性必将日益凸显，因为我们对两国未来的科学合作充满希望。通过加强科教领域的合作交流，必将推动中俄两国战略协作伙伴关系的全面、可持续发展。



俄方主编

什帕科夫斯

莫斯科国立法律大学生态法和自然资源法教研室教授

法学博士

中方主编

庞冬梅

河南大学法学院/知识产权学院教授、河南省特聘教授

法学博士

Юридическое образование и наука в Китае и России

Обзор международных форумов Хэнаньского университета

Уголовно-правовое противодействие организованной преступности (преступности мафиозного характера) в Китае. Обзор I Форума уголовного правосудия «Чжон-юань»¹ Criminal-Law Counteraction to Organized Crime (Mafia Crime) in China. Overview of the 1st Jong-Yuan Criminal Justice Forum

Цай Цзюнь,
директор Юридического института Хэнаньского университета, профессор

Пан Дунмэй,
профессор Юридического института Хэнаньского университета

Cai Jun,
Head of the Law School, Henan University of China, Professor

Pan Dungmei,
Professor, Law School, Henan University of China

Для углубленного понимания смысла специального мероприятия ЦК КПК «Устранение угрозы преступности мафиозного и иного опасного характера» 21 апреля 2018 г. состоялся I Форум уголовного правосудия «Чжон-юань» на базе Юридического института Хэнаньского университета, хэнаньского адвокатского бюро «Ляо-юань» и хэнаньского адвокатского бюро «Вэньфун». Центр изучения пресечения преступности и уголовной политики Хэнаньского университета выступает в качестве исполнительного органа — организатора данного форума. В этом форуме приняли участие более 100 человек: ученые из вузов России и Китая, а также сотрудники правоохранительных органов Китая. После церемонии открытия участни-

ки форума провели оживленные обстоятельные обсуждения, делясь профессиональными знаниями и опытом работы.

Глобальное исследование организованной преступности

Состояние организованной преступности в России. По мнению профессора В. А. Номоконова из Дальневосточного федерального университета, после распада СССР организованная преступность в России эволюционировала гораздо быстрее, чем государство находило эффективные средства противостоять криминальной экспансии. Он отмечал ее отличительные особенности

¹ Данный форум проведен в рамках национального проекта общественных наук «Тенденция корпоратизации организованной преступности в нашей стране и ответные меры» (проект № 14BFX45), а также в рамках ключевого проекта Национального фонда общественных наук КНР «Институты в Общей части российского уголовного права» (проект № 16AFX008) и программы основных проектов в области философии и общественных наук в Хэнаньском университете (проект № 2019ZDXM005).

в сравнении с классическими примерами зарубежной организованной преступности:

- 1) захват командных высот в легальной экономике (теневая экономика достигала половины ВВП страны); за рубежом организованная преступность главным образом паразитирует на нелегальных видах деятельности;
- 2) сравнительно большее сращивание с государством; российская организованная преступность является «более мафиозной» (руководство страны до недавнего времени находилось под сильным влиянием олигархов, руководство регионов нередко попадало в большую зависимость от лидеров преступных групп или сообществ);
- 3) правоохранительные органы России гораздо больше знают, чем делают. Причина такой пассивности заключается не только в их определенной коррумпированности, хотя и это, конечно, есть; действующее законодательство содержит и множит довольно крупные прорехи, через которые ускользают правонарушители. Вместе с развитием частной собственности и рыночных отношений в целом нынешнюю криминальную ситуацию в России характеризует ряд крайне опасных тенденций:

- активизация в системе российской организованной преступности международной составляющей, выход отечественного криминала за пределы российской территории;
- сращивание коррумпированных чиновников с преступными группировками, преступные объединения создаются все чаще самими чиновниками; незаконное использование государственными структурами преступных группировок для достижения противоправных целей;
- активность и влияние по всей территории России «этнических» преступных формирований (главным образом выходцев с Кавказа);
- интеллектуальная, профессиональная и техническая вооруженность преступных группировок;
- проникновение представителей криминального мира во властные структуры.

Профессор А. Л. Репецкая из Иркутского государственного университета подчеркнула, что с конца 1980-х — начала 1990-х гг. в Россию начинает проникать и китайская преступность, а также идеальным местом для развития организованной преступной деятельности китайских мафиозных формирований являются приграничные территории России — Восточная Сибирь и Дальний Восток. Здесь главные причины сводятся к следующему.

Во-первых, эти территории богаты сырьевыми и биологическими ресурсами, расположены в непосредственной близости к границе Китая, переход через которую облегчен межправительственными соглашениями.

Во-вторых, и в Китае большинство организованных групп действуют не по территориальному принципу, а по отраслевому, а поскольку принципы отраслевой преступной деятельности не зависят от территории, таким группам легко адаптироваться в другой стране, если там возможно организовать преступный бизнес в тех же отраслях.

В-третьих, российская организованная преступность по структуре деятельности имеет с китайской сходные характер и цели. В результате и китайские, и российские организованные преступные формирования стремятся не к конфронтации, а к объединению усилий, что ведет и тех, и других к достижению цели — получению прибыли и сверхприбыли.

В-четвертых, одним из основных средств решения разного рода проблем и у российских, и у китайских преступных сообществ является коррупция.

В-пятых, имея богатый опыт миграции китайцев в расселения их по всему миру, наработанные многими поколениями навыки адаптации в других странах, члены китайских организованных групп обычно не испытывают проблем приспособления к условиям новых территорий, на которых, как правило, уже имеются китайские диаспоры, обычно помогающие адаптации соотечественников.

Профессор Пан Дунмэй из Хэнаньского университета отметила, что в настоящее время организованная преступность в России характеризуется тенденцией проникновения в легальную экономическую сферу с использованием связей и коррупции чиновников, в результате чего и сложился путь корпоратизации в виде триады «организованная преступность — коррупция — теневая экономика».

Организованная преступность во Франции. Профессор Чжан Япин из Хэнаньского университета констатировал, что в Уголовном кодексе Франции новой редакцией подробно перечислены виды организованной преступности, такие как террористическая преступность, совершенные «организованными группами» преступления, подготовительные действия организованной преступности. За все эти деяния УК Франции предусматривает более строгое наказание. В то же время в целях повышения эффективности расследования организованной преступности, укрепления сбора доказательств Уголовно-процессуальный кодекс Франции предусматривает специальные процедуры и режим для сотрудников юстиции.

Организованная преступность в Японии. Доцент Яо Тяньчун из Северо-Восточного университета, анализируя механизм формирования и тенденции развития японской мафиозной преступности, отметил, что в настоящее время Япония является единственной страной в мире, где признают мафиозные банды легитимными. По его

мнению, основные особенности японских мафиозных банд сводятся к триаде: 1) строгая иерархическая структура; 2) строгие правила (например, имеется наказание в виде разреза пальца); 3) широко распространенные татуировки. В настоящее время японские мафиозные банды сталкиваются с опасными национальными и зарубежными конкурентами, а также с киберпреступностью и высокотехнологичными преступлениями. Полиция непрерывно предпринимает ряд мер в борьбе с ними.

Исследования организованной преступности в Европе и США. Доцент Чэнь Шивэй из Юго-Западного политико-юридического университета КНР подчеркнул, что евро-американские теоретические исследования в области организованной преступности характеризуются следующими особенностями.

Во-первых, исследовательский фокус и приоритеты сосредоточены на мафиозной преступности, особенно на итальянских мафиозных группах. Кроме того, организованная преступность в бывшем СССР и нынешней России также привлекает большое внимание европейских и американских исследователей. В последние годы некоторые европейские и американские ученые начали интересоваться исследованием организованной преступности в Азии и даже проявлять интерес к организованным преступлениям в африканских странах, на которые раньше редко обращали внимание.

Во-вторых, после террористических актов в Соединенных Штатах Америки 11 сентября 2001 г. европейские и американские ученые начали уделять внимание определению организованной террористической преступности и соответствующим ответным мероприятиям по борьбе с ней, в частности борьбе с латиноамериканскими наркотическими террористическими группами, представляемыми Колумбией.

В-третьих, исследования в основном касаются организованных преступлений, связанных с наркотиками, торговлей людьми, контрабандой и т.д.

В-четвертых, одной из исследовательских особенностей здесь является специальное изучение проблем женщин — членов мафиозных групп и других преступных организаций.

Состояние преступности мафиозного характера, а также контрмеры в борьбе с ней в Китае

На основе зарубежного опыта и конкретных примеров пресечения организованной преступности участники форума обратили большее внимание на состояние, особенности, тенденции и ответные меры в отношении преступлений, совершенных группами мафиозного характера в нашей стране.



Хэнаньский университет

Заместитель генерального директора по правовым исследованиям в области правовой политики Верховной народной прокуратуры КНР госпожа Сун Дань отметила, что состояние преступности мафиозного характера в нашей стране в основном характеризуется следующими чертами:

- для обеспечения политической безопасности организации мафиозного характера проникают во власть, управляют избирательной системой путем привлечения коррумпированных чиновников;
- преступные организации широко распространяются в экономических областях, причем в большом диапазоне, и носят скрытый характер;
- организация оказывает помощь своим членам для получения политической должности, легализует преступные прибыли путем инвестиций. Появились новые формы преступлений, такие как насилие при взыскании долгов, а также высокий процент кредитования и т.п. В связи с этим мы должны сосредоточиться на противодействии преступлениям против политической безопасности, безопасности рынка, общественного управления и порядка.

Заместитель директора отдела по информационным исследованиям Верховной народной прокуратуры Ши Лэй провел разграничение между организацией мафиозного характера и иной преступной группой: различия между этими двумя формированиями в значительной степени отражены, во-первых, в том, что иная преступная группа, являясь «птенцом» организации мафиозного характера, считается преступным формированием более низкого уровня. Такая группа носит более или менее характерные для организации мафиозного характера черты, но имеет меньшую степень опасности по сравнению с преступностью мафиозного характера. Итак, степень общественной опасности выступает критерием для разграничения данных формирований.

Во-вторых, в УК КНР предусмотрен специальный состав преступления в отношении организации мафиозного характера, но для иной



Участники форума уголовного правосудия «Чжон-юань»

преступной группы не имеется аналогичная регламентация, просто в соответствии с действующим Уголовным кодексом КНР за преступление, совершенное преступной группой, следует более строгий вид наказания.

Профессор Мо Хунсянь из Уханьского университета подчеркнула, что нужно сочетать мероприятия по устранению угрозы преступности мафиозного характера и иных преступных групп с борьбой с коррупцией, так как удаление «крыши» является предпосылкой, политическим условием для ликвидации мафиозной и иной организованной преступности.

Уголовная политика в борьбе с организованной преступностью

Участники форума единогласно поддержали идею проведения уголовной политики в форме сочетания строгости со снисходительностью для борьбы с организованной преступностью. Данная уголовная политика должна реализовываться на практике в соответствии с фактами совершения конкретного преступления, чтобы борьба с организованной преступностью была выполнена на основе принципа верховенства права. Относительно уголовной политики в борьбе с организо-



Зал форума

ванной преступностью высказали свои мнения следующие китайские ученые и иные участники форума: профессор Ван Чжисян из Уголовно-правового института Пекинского педагогического университета, профессор Лю Шуан из Юридического института Хэнаньского университета, судья Цзян Янмэй из народного суда средней ступени г. Цзяозо, Чэнь Сяобяо из Юридического института Юго-западного политико-юридического университета.

Кроме того, представителей форума провели оживленные дискуссии по проблемам, связанным с судебной квалификацией организованной преступности, а также ее уголовной защитой. В дискуссиях приняли участие адвокаты и сотрудники из разных правоохранительных органов провинции Хэнань.

Заведующий адвокатской конторой «Ляо-юань» Дай Болян и директор Юридического института Хэнаньского университета профессор Цай Цзюнь выступили с заключительным словом.

Данный форум имеет большое значение для развития теоретического исследования организованной преступности и содействия судебной практике в борьбе с ней.

Китайско-российская правовая теория и правовая система: состояние и тенденции.

Обзор I Китайско-российского форума сравнительного правоведения¹

China-Russian Legal Theory and Legal System: The Status and Tendencies. Overview of the 1st China-Russian Comparative Law Forum

Пан Дунмэй,
профессор Юридического института,
Института интеллектуальной собственности,
заведующий Китайско-российским центром
сравнительного правоведения, доктор юридических наук,
почетный ученый «Хуанхэ»
Хэнаньского университета (КНР)

Э. Л. Раднаева,
декан юридического факультета
Бурятского государственного университета имени Донжи Банзарова,
кандидат юридических наук, доцент

Pan Dungmei,
Doctor of Law,
Professor, Law School,
Institute of Intellectual Property, Henan University (PRC);
Head of the China-Russian Center
of Comparative Law,
«Huang-He» Honorary Scientist

E. L. Radnaeva,
Cand. Sci. (Law), Associate Professor
Dean of the Faculty of Law,
Banzarov Buryat State University

11 апреля 2019 г. в Хэнаньском университете прошел I Китайско-российский форум сравнительного правоведения «Китайско-российская правовая теория и правовая система: состояние и тенденции».

Форум был проведен на базе Хэнаньского университета. Юридический институт, Институт интеллектуальной собственности, Центр по противодействию преступности и уголовной политике, Китайско-российский центр сравнительного правоведения Хэнаньского университета во главе с профессором Пан Дунмэй выступили в качестве организаторов данного мероприятия.

Более 60 ученых и практиков из России и Китая приняли участие в форуме, в том числе 13 российских ученых из СПбГУ, НИУ «Высшая школа экономики», Дальневосточного федерального университета, Томского государственного университета, Бурятского государственного университета имени Донжи Банзарова, Иркутского

государственного университета и ряда других вузов России, более 50 китайских ученых из Китайского политико-юридического университета, Китайской академии общественных наук, Юго-Западного политико-юридического университета, Восточно-Китайского политико-юридического университета и других вузов КНР.



¹ Обзор конференции подготовлен в рамках ключевого проекта Национального фонда общественных наук КНР «Институты Общей части российского уголовного права» (проект № 16AFX008), а также программы основных проектов в области философии и общественных наук в Хэнаньском университете (проект № 2019ZDXM005).

На церемонии открытия форума с приветственными словами выступили проректор Хэнаньского университета профессор Сунь Цзюньцзянь, исполнительный председатель Ассоциации юристов провинции Хэнань Ли Чэнсянь, директор Юридического института Хэнаньского университета Цай Цзюнь, заслуженный деятель науки РФ, профессор Александр Иванович Коробеев, заведующий Китайско-российским центром сравнительного правоведения, почетный ученый «Хуанхэ», профессор Пан Дунмэй. В рамках форума прошли официальная церемония открытия Китайско-российского центра сравнительного правоведения при Хэнаньском университете и выдача сертификатов приглашенным сотрудникам Центра.

К началу проведения форума опубликован сборник, включающий 15 научных статей китайских ученых и 16 — российских. В рамках трех секционных заседаний форума было заслушано и обсуждено более 20 докладов, посвященных таким проблемам различных отраслей российского и китайского права, как уголовная ответственность должностных лиц, защита прав несовершеннолетних, потерпевшего в уголовном процессе, исполнение наказания в виде труда без изоляции от общества, защита права интеллектуальной собственности, а также проблемам международного права и сравнительного правоведения.

Исполнительный председатель Ассоциации юристов провинции Хэнань Ли Чэнсянь отметил, что Китай и Россия — дружественные соседи, партнеры с широкими общими интересами. Для укрепления всестороннего стратегического сотрудничества и дружбы между двумя странами необходимы правовое обеспечение, совместные исследования ученых-правоведов обеих стран.

Проведение I Китайско-российского форума сравнительного правоведения означает, что в провинции Хэнань появилась новая платформа международного научного обмена в области права. Проведение форума дало Китаю и России полезный опыт взаимодействия в области права, продвижения дальнейшей открытости и расширения вклада во всестороннее социальное развитие!

Проректор Хэнаньского университета профессор Сунь Цзюньцзянь выступил с приветственной

речью, в которой от имени Хэнаньского университета тепло приветствовал участников форума, ознакомил их с основными моментами славной истории Университета, берущей свое начало в 1912 г. Он отметил, что обмен и сотрудничество между китайскими и российскими юридическими сообществами имеет особенно важное значение в контексте строительства Евразийского экономического союза и экономического пояса Шелкового пути «Один пояс — один путь».



Директор Юридического института Хэнаньского университета Цай Цзюнь кратко представил историю развития Института, перечень образовательных программ и их преимущества, научные и иные достижения. В приветственной речи он подчеркнул, что проведение I Китайско-российского форума сравнительного правоведения будет способствовать обмену и сотрудничеству между представителями юридического сообщества Китая и России, развитию совместных научно-практических исследований.



Заслуженный деятель науки РФ, профессор Дальневосточного федерального университета А. И. Коробеев отметил, что проведение I Китайско-российского форума сравнительного правоведения будет способствовать обмену опытом в области права между двумя странами, а также обеспечит необходимую правовую поддержку и гарантии верховенства права для обмена и сотрудничества между Китаем и Россией во всех областях.

В официальной церемонии открытия Китайско-российского центра сравнительного пра-



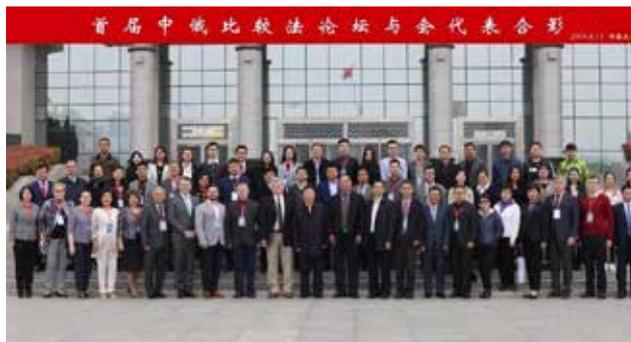


воведения приняли участие исполнительный председатель Ассоциации юристов провинции Хэнань Ли Чэнсянь, проректор Хэнаньского университета профессор Сунь Цзюньцзянь, заслуженный деятель науки РФ, профессор Дальневосточного федерального университета А. И. Коробеев, директор Юридического института Хэнаньского университета Цай Цзюнь, секретарь парткома Юридического института Хэнаньского университета профессор Пан Дунмэй.



Заведующий Китайско-российским центром сравнительного правоведения, почетный ученый «Хуанхэ», профессор Пан Дунмэй от имени Центра выступила с приветственным словом. Она отметила, что Центр планирует сотрудничать с другими центрами по изучению российского права, находящимися на территории Китая, а также будет взаимодействовать с российскими вузами, такими как Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Санкт-Петербургский государственный университет, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Сибирский федеральный университет, Дальневосточный федеральный университет, Бурятский государственный университет имени Донжи Банзарова, и др.

После форума была проведена официальная встреча руководства Юридического института Хэнаньского университета с делегацией юридического факультета БГУ имени Донжи Банзарова во главе с его деканом Э. Л. Раднаевой. Директор Юридического института Хэнаньского университета Цай Цзюнь вручил подарочную книгу о Хэнаньском университете, который изначально



но именовался как Подготовительная школа для обучения в Европе и Америке и входил в тройку крупнейших образовательных заведений КНР.

Основные преимущества современного обучения в Хэнаньском университете — это большое количество программ подготовки для иностранцев как по гуманитарным, так и по естественно-научным специальностям; наличие системы непрерывного образования; высокий уровень подготовки по китайскому языку, который позволяет с успехом сдавать национальный экзамен; наличие обменных программ более чем с 70 зарубежными вузами и др. На сегодняшний день в нем обучаются около 60 000 студентов, в том числе из зарубежных стран. Кампус Университета занимает более чем 2 200 000 квадратных метров. Отдельно стоит упомянуть научные центры, на базе которых ведется непрерывная исследовательская работа преподавателями и обучающимися.

Делегация Юридического института Бурятского государственного университета имени Донжи Банзарова также презентовала свои научные издания и исследовательские центры, работающие в «восточном» направлении: Центр правового обеспечения взаимодействия Российской Федерации со странами Азиатско-Тихоокеанского региона, Российско-китайский юридический центр Института Конфуция, Лабораторию сравнительного правоведения стран АТР и др.

Обе стороны проявили взаимную заинтересованность в сотрудничестве вузов в области образования, научных исследований и академических обменов.

Форум китайско-российского сравнительного правоведения будет проводиться раз в 2 года в Китайской Народной Республике.



Принцип последней инстанции: границы и основа уголовного права. Обзор II Центрально-китайского форума по уголовному правосудию и III Симпозиума на тему «Теория и практика уголовного права Китая» The principle of last resort: the boundary and basis of the criminal law. The Summary of the Second Central Chinese Criminal Justice Forum and the Third Symposium on “Chinese Criminal Law Theory and Practice”

Лю Ся,
доцент Юридического института
Хэнаньского университета,
доктор юридических наук

Liu Xia,
Associate professor of law School/
Intellectual Property School, Henan University, S. J. D.

In order to promote the study of Chinese criminal law theory and practice and to reform the methods of criminal law research and reconstruct the theories, on June 1, 2019, the second Central Plains Criminal Justice Forum and the Third Symposium on “Chinese Criminal Law Theory and Practice” was successfully held in Henan University. This forum was sponsored by Henan University Law School and Intellectual Property Institute and other units. Nearly 100 experts and scholars from universities and practice departments both at home and abroad participated in this forum. In the one-day discussion, all the experts focused on the principle of last resort and discussed the boundary and basis of the criminal law from many perspectives of Chinese criminal law theory and practice. The main contents are summarized as follows:

First, the boundary and the adjustment object of the criminal law.

Chen Zhonglin, a vice president of China Criminal Law Society, also the professor of Chongqing University Law School, pointed out that no matter in the enactment or the application of the criminal law, the state should not violate the specific requirements of the principle of last resort. That is, the state should not use penalties to regulate the acts which will not pose a fundamental threat to the normal use of other legal systems and the acts which can be deterred effectively by other laws. Even when the criminal law must be applied, the state can only choose the method which will inflict the violation less than any other methods to the basic human rights of citizens.

Professor Mei Chuanqiang, a vice president of China Criminal Law Society, also the dean of the Law School of Southwest University of Political Science and Law, pointed out further that the principle of last resort can guide criminal legislation and justice and clarify the boundary of the criminal law. The criminal law should be the last line of defense to regulate social relations and it should only be used

when other laws such as administrative law are unable to adjust.

Professor Mei Xianghua of Nanjing Tech University Law School pointed out that the adjustment object of the criminal law is the conflicting relationship between the basic human rights of every citizen and the basic human rights of all citizens. The state's purpose of using the penalty and sacrifice the basic human rights of the offender is to protect the basic human rights of the majority of the society.

Professor Wang Junxiang, a vice dean of the Law School of Henan University of Science and Technology, pointed out that the criminal penalty cannot make members of society feel threatened. The feeling of threat is the view on value and the view on benefit formed in the development of human society. Therefore, the intervention of the criminal law should be legitimate and should also be restricted by due procedure.

Second, the changes of times and the boundary of the criminal law.

With the changes of the times and the development of society, some new trends and characteristics of the criminal law's adjustment range have also appeared. Victor E. Polushin, a Vice-President of Primorsky Krai Branch Of the Russian criminal law society, pointed out that for the limits of entrepreneurs' self-employment activities, the effectiveness of the criminal law in this area should be accurate, verified, purposeful and fully consistent with the principle of “no damage”. If the criminal law excessively interferes with the entrepreneurs' life, it will increase the administrative pressure of the enterprises and connive corruption. At present, the Russian criminal law has changed apparently in the field of crime adjustment in the economic area, and it has shown a tendency to reduce the regulations of the criminal law in the field of corporate activities.

Professor Liu Shuang, from Henan University Law School, pointed out that although the expansion

of the crime circle is reasonable and necessary, it is essentially a manifestation of the idea which regards the criminal law as an instrument and also an evidence of the generalization of the function of criminal law, which implies the danger of infringing upon the civil liberties. Therefore, while we insist on expanding the criminal circle, it should be moderate and prudent to avoid excessive criminalization.

Professor Gao Yandong, from Zhejiang University Guanghua Law School, pointed out that “from the risk criminal law to the criminal law of values” should be the direction of the criminal law’s development. For the scope of interference, modern criminal law should interfere with those dangerous and reversed values and expand the scope of criminal law’s intervention; for the interpretation of articles, the adjudication norms should be interpreted as value norms, and the scope of application of the provisions should be expanded; for legal nature, the criminal law should be understood as the bottom line of human society’s values and at the same time. We should enhance the status of the criminal law in the legal system.

In response to the current hotspot “legal matters about artificial intelligence”, Wei Dong, a professor of Sichuan University Law School, pointed out that the criminal law should abandon the theory that the robots with strong intelligence are the subject of crime. Associate Professor Liao Yu, from Southwest Minzu University Law School, is also agrees with this point, and believes that it is the natural person who designs and uses artificial intelligence to bear the criminal responsibility.



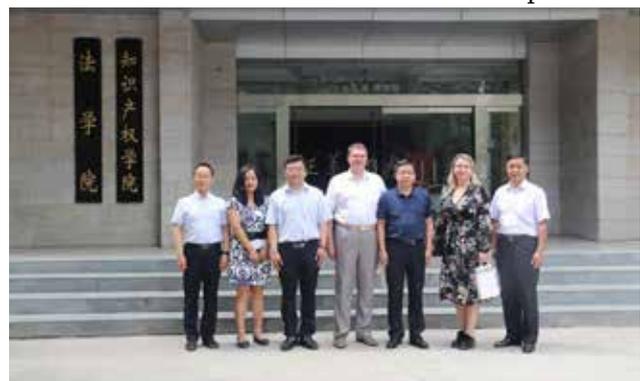
Third, Issues about the boundary in the application of the criminal law. In addition to the macroscopic theoretical construction, the participants also conducted in-depth exchanges around the boundary of the criminal law in the application of specific crimes. Associate Professor Xiong Qi of Wuhan University Law School considers that the extortionary acts which resort to legal means should not be regarded as crime of extortion if it is not repeated time after time, whether it is a harsh transaction or a threatening report; only when threatening report have been repeated many times and are sufficient to form an exploitative relationship, can it be considered as crime of



extortion. Associate Professor Dong Wenzhao, from South China University of Technology Law School, believes that in the crimes of illegal fund-raising, the relationship between the participants of fund-raising and the victims should be accurately handled. If the fund raiser actually a professional and malicious speculator with the capability of risk identification and tolerance, therefore the fund raiser should be regarded as a venture capitalist who had already accepted the risk and the “criminal partner” of the fund raiser, then he can not be the victims protected



by the criminal law. Associate Professor Chen Xiaoyu of Southwest University of Political Science and Law pointed out that the basic principles of the criminal law to regulate speeches are the principle of interest measurement, the principle of proportionality and the principle of classified governance. It is necessary to achieve the dynamic balance among freedom of speech and other rights and public power. When the criminal law is used to regulate speech, it is advisable to choose a mechanism of due process as a path to limit excessive interference in freedom of speech. In





In addition, there are many experts and scholars who have heated discussions on the criminal law boundary

issues of crimes such as crime of telecommunication fraud, crime of illegal business operations, crime of picking quarrels and provoking troubles and crime of credit card fraud.

This symposium has discussed fully about the boundary of the criminal law. It is rich in the content, compact in the agenda, active in the atmosphere, and exhaustive in communication. It has a high degree of consensus and heated discussions. It has built a platform for communication between the theory and practice of the criminal law in China. Besides, it has also brought extensive influences in the academic area.

Обзор международных форумов Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

VI Московский юридический форум

В Московском государственном юридическом университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) ежегодно проходит более сотни различных научных мероприятий, в том числе международных конференций, семинаров, круглых столов. Однако главными событиями в научной жизни Университета являются Кутафинские чтения. Они традиционно ежегодно проходят в апреле и ноябре. Не был исключением и 2019 г.



4—6 апреля 2019 г. состоялся VI Московский юридический форум «Российская правовая система в условиях четвертой промышленной революции».

С приветственным словом к участникам мероприятия обратились ректор Университета Виктор Блажеев, проректор по научной работе Университета Владимир Синюков и директор Департамента координации деятельности организаций высшего образования Министерства науки и высшего образования РФ Екатерина Бабелюк.

Открывая мероприятие, В. В. Блажеев обратил внимание слушателей на актуальности тем, пред-



ложенных к обсуждению в рамках стратегической сессии.

«Каждый год мы стараемся определять актуальную повестку для нашего форума, и мне кажется, что нынешний формат очень важен для юристов с точки зрения понимания, как должно развиваться право, поскольку все технологические и информационные процессы, которые происходят в обществе, существенным образом влияют и на него. Праву необходимо регулировать эти новые отношения. Необходимо выстраивать новые механизмы защиты прав граждан, юридических лиц, публично-правовых интересов», резюмировал он.

С пленарными докладами выступили:

- директор Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, заместитель президента РАН Талия Хабриева («Проекции технологической революции в правовой доктрине»);
- депутат Государственной Думы Федерального Собрания РФ, председатель Комитета по государственному строительству и законодательству, председатель Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства Павел Крашенинников («Наследие Дмитрия Ивановича Мейера (к 200-летию со дня рождения)»);
- депутат Государственной Думы Федерального Собрания РФ, заместитель председателя Комитета по экономической политике, промышленности, инновационному развитию и предпринимательству Дмитрий Сазонов («Качество коммуникации, как ключевой фактор совершенствования законодательства в эпоху четвертой промышленной революции»);





- заместитель руководителя Управления Администрации Президента РФ по научно-образовательной политике Елена Нечаева («Актуальные вопросы правового регулирования научно-технологического развития России»);
- академик Российской академии наук, член Президиума РАН, научный руководитель НИИ системных исследований РАН Владимир Бетелин («России необходим отказ от “экономики услуг” и переход к экономике промышленного производства»);
- судья Верховного Суда РФ, член Президиума Верховного Суда РФ, секретарь Пленума Верховного Суда РФ, председатель Совета судей РФ Виктор Момотов («Судебная власть в условиях современных цифровых технологий»);
- управляющий партнер компании «Trinaya Legal», президент Ассоциации юристов (адвокатов) Индии, президент Правового фонда Индии Прашант Кумар («Информационные технологии в альтернативном разрешении споров стран БРИКС»);
- заместитель директора юридической библиотеки имени Роберта Крона (Стэнфордский университет), специалист по сравнительному правоведению и международному праву Серджио Стоун («The Place of Law Libraries in the New Digital Environment (Роль юридических библиотек в новой цифровой среде)»);
- главный финансовый уполномоченный в России Юрий Воронин («Концептуальные подходы

к модернизации системы обязательного социального страхования в постиндустриальном обществе»);

- и.о. заведующего кафедрой медицинского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Александр Мохов («Правовое будущее биомедицинского проекта: сценарии развития»).

В последующие дня программу форума продолжили отраслевые дискуссионные площадки, среди которых — международно-практические конференции, круглые столы и мастер-классы. Состоялось более 40 отраслевых площадок, собравших более 1 200 участников, в том числе концептуальные дискуссии «Новое правовое пространство цифровых технологий», «Права человека: вечные ценности и новые технологии», «Будущее цивилистики», межотраслевые дискуссии «Международное научно-технологическое развитие России в условиях четвертой промышленной революции», «Право, экономика, управление: сквозные подходы в контексте четвертой промышленной революции», прикладные сессии «Борьба с преступностью: эффективное использование цифровых технологий», «Юридическая наука и образование в эпоху цифровых технологий: статус научно-педагогического работника и меняющиеся компетенции», процессуальная сессия «Цифровые технологии в судебном производстве и правоприменительной практике» и др.

XX Международная научно-практическая конференция юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова и XVII Международная научно-практическая конференция «Кутафинские чтения» Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

26—29 ноября 2019 г. прошли XX Международная научно-практическая конференция юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова и XVII Международная научно-практическая конференция «Кутафинские чтения» Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). Тематика конференции была посвящена правам и обязанностям гражданина и публичной власти.



Организаторами мероприятия стали юридический факультет Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Российская академия юридических наук и Московское отделение Ассоциация юристов России при участии органов законодательной, исполнительной и судебной власти, общественных объединений юристов, юридических вузов и научных учреждений права.



На пленарной сессии среди выступавших с докладами были профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ, доктор юридических наук Алексей Рарог («Соотношение интересов личности и государства в уголовном праве России»), декан Высшей школы государ-



ственного аудита Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова Сергей Шахрай («Цифровое Общество. Государство. Конституция»), декан юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, член Президиума Ассоциации юристов России член-корреспондент Российской академии образования Александр Голиченков, заместитель председателя ВАК Кыргызстана Канатбек Азиз, декан юридического факультета Ереванского университета, академик Армянской академии наук Гагик Казинян, председатель исполкома Российской академии юридических наук, член Президиума Ассоциации юристов России Владислав Гриб.

27—29 ноября 2019 г. работа конференции проходила в форме секционных заседаний. На площадках юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова и Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) в рамках Кутафинских чтений прошли секционные заседания на темы:

- «Роль адвокатуры в обеспечении баланса интересов гражданина и публичной власти в условиях цифровизации в России»;
- «Актуальные проблемы административного права и процесса»;





- «Административные процедуры: проблемы правового регулирования»;
- «Защита прав потребителей банковских услуг в условиях цифровизации банковской деятельности»;
- «Баланс частных и интересов и 25-летие принятия первой части ГК РФ»;
- «Поиск баланса интересов личности и государства в судопроизводстве»;
- «Свобода науки основное право человека и гражданина: содержание, гарантии и ограничения в европейском и интеграционном праве»;
- «Сложные объекты авторского права: проблемы защиты»;
- «Права и обязанности гражданина и публичной власти: поиск баланса интересов в современном международном праве»;
- «Защита прав и интересов субъектов международного частного права: взаимодействие публичного и частноправового подходов»;

- «Генезис и современность правового регулирования публичных финансов. К 150 летию профессора И. Х. Озерова»;
- «Права потребителей финансовых услуг и их защита как новое направление финансово-правового регулирования»;
- Риск-ориентированный подход в налоговом администрировании. Пределы осуществления прав в налоговой сфере»;
- «Развитие криминалистики и судебной экспертизы в трудах профессора Е. Р. Россинской. К юбилею ученого, эксперта, педагога»;
- «Диалектика правового и обязательственного государства в практике России и зарубежных стран»;
- «Современные проблемы развития юридических научных и образовательных программ России, Евросоюза и Азии»;
- «Актуальные проблемы правового сотрудничества России и Франции»;
- «Соотношение частных и публичных интересов в сфере природопользования и охраны окружающей среды» и др.



Современные проблемы цифровизации. Информационное право

Международно-правовые стандарты цифровой экономики International legal standards of the digital economy

А. М. Воронов,

заведующий сектором административного права и процесса, главный научный сотрудник Института государства и права РАН, доктор юридических наук, профессор, эксперт Российской академии наук
adminlaw@igpran.ru

О. В. Шмалий,

заведующий кафедрой административного и информационного права Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор
adminlaw@igpran.ru

A. M. Voronov,

Head of the administrative sector law and process, chief research officer Institute of state and law of the Russian Academy of Sciences, Doctor of law, Professor, expert of the Russian Academy of Sciences

O. V. Shmaliy,

Head of the Department of administrative and informational law of the Russian Academy of national economy and public administration under the President of the Russian Federation, Doctor of law, Professor

© А. М. Воронов, О. В. Шмалий, 2020

Аннотация. В статье на основе анализа международных актов характеризуются международно-правовые стандарты цифровой экономики, оценены возможности их реализации в законодательстве России.

Ключевые слова: международные стандарты, правовое регулирование, цифровая экономика.

Abstract. Based on the analysis of international acts, the article characterizes the international legal standards of the digital economy and assesses the possibilities of their implementation in Russian legislation.

Keywords: international standards, regulation, and the digital economy.

Процессы социального развития современной России обусловлены множественностью факторов, в числе которых ведущую роль играют информационно-коммуникационные технологии, во многом определяющие социально-психологические установки, формирующие образ жизни как отдельного человека, так и социокультурные и социоэкономические стандарты жизнедеятельности социума в целом, включая параметры взаимодействия государства в лице уполномоченных субъектов и гражданского общества. Информационно-коммуникационные технологии становятся одним из базовых ресурсов социально-экономического и политико-правового развития в глобальном масштабе, обеспечивая в то же время потребности предпринимательской деятельности частных лиц, индивидуальных предпринимателей и предпринимательских сообществ в части роста и преодоления экономических, социальных и административных проблем, открывая перспективы развития бизнеса.

В 2016 г., обращаясь к Федеральному Собранию Российской Федерации, Президент Российской Федерации В. В. Путин сформулировал задачу формирования и реализации новой системной парадигмы развития российской экономики в координатах нового технологического поколения, закрепившейся впоследствии в правовом и институциональном контексте цифровой экономики¹. Как справедливо отметил глава государства, цифровизация на сегодняшний день является одним из условий и одной из детерминант национальной безопасности и технологической независимости государства, определяя его будущие перспективы и статус на мировой арене.

Правовое регулирование является эффективным инструментом, позволяющим государству реагировать на определенные вызовы. Сегодня во всех развитых странах происходят метаморфозы регулирования общественных отношений, обусловленных развитием технологий и переходом к цифровой экономике.

Учитывая, что в России эти процессы проходят также стремительно, а наша страна глубоко интегрирована в мировое виртуальное пространство и международное право, необходимо учитывать международно-правовые стандарты.

При этом следует отталкиваться от базового тезиса о том, что качество и эффективность имплементации актов международного права в нацио-

нальную правовую систему обусловлены главным образом потенциальными политико-правовыми возможностями конкретных государств адаптировать международные стандарты применительно к внутригосударственному законодательству. Такого рода возможности, в свою очередь, должны быть обеспечены социально-экономической средой, уровень развития которой обладает высокой степенью поддержки и заинтересованности в реформах политико-правового характера. При этом потенциальный имплементационный ресурс существенно повышается, когда государство способно найти и реализовать разумный баланс в части сохранности сложившихся национальных правовых традиций в сочетании с выполнением принятых на себя обязательств международного характера².

Международно-правовые стандарты в эпоху цифровизации условно можно разделить два вида.

1. Основные принципы и права, которые человек имеет в обычной жизни, закрепленные в фундаментальных актах, например во Всеобщей декларации прав человека 1948 г., и которые должны быть также защищены при использовании Интернета. Данный подход также закреплен и подтверждается пунктом 9 Резолюции, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 16 декабря 2015 г.³

2. Принципы и права, которые возникли непосредственно в связи с развитием технологий и внедрением их в повседневную жизнь, в экономику, в государственное управление, те явления, которые и вызвали расширение правового регулирования и его переход в виртуальное пространство. К таким можно отнести отношения, связанные с обработкой персональных данных, электронными доказательствами, киберпреступностью, оборотом больших данных (Big Data), цифровым следом и проч.

Международно-правовые стандарты цифровой экономики определены комплексом документов, в числе которых: Окинавская хартия глобального информационного общества (2000); Декларация принципов «Построение информационного общества — глобальная задача в новом тысячелетии» (2003); План действий Тунисского обязательства (2005); Соглашение Содружества Независимых Государств (СНГ) о сотрудничестве в борьбе с преступлениями в информации (2001); Соглашение Шанхайской организации сотрудничества о со-

¹ Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию от 01.12.2016 // Парламентская газета. 02—08.12.2016. № 45.

² Всестороннее исследование проблемы киберпреступности: доклад (проект). Февраль 2013 г. Управление Организации Объединенных Наций по наркотикам и преступности. С. 88 // URL: https://www.unodc.org/documents/organized-crime/cybercrime/Cybercrime_Study_Russian.pdf.

³ Итоговый документ Совещания высокого уровня Генеральной Ассамблеи, посвященного общему обзору хода осуществления решений Всемирной встречи на высшем уровне по вопросам информационного общества. 16.12.2015 // URL: <https://undocs.org/ru/A/RES/70/125>.

трудности в области обеспечения международной информационной безопасности (2009).

Названные документы формируют следующие выработанные мировым сообществом стандарты:

- осуществление структурных и экономических реформ, обеспечивающих реализацию базовых параметров открытости, эффективности, конкурентности и новационности в сочетании с мерами, направленными на адаптацию рынка труда, развитие человеческого ресурса и достижение социального согласия;
- рациональное регулирование и управление макроэкономическим развитием в целях повышения качества и эффективности текущего и стратегического планирования в бизнес-сообществе и в среде потребителей, основываясь на преимуществах новых технологий информационного и цифрового развития;
- конструирование информационных систем и сетей, способных обеспечить быстрый, надежный, безопасный и экономичный доступ к сетевым ресурсам, их обслуживание и использование в условиях сохранности конкурентных рыночных условий и соответствующих новаций;
- развитие людских ресурсов, способных к адаптации в современных технологических и социально-экономических условиях на основе формирования и непрерывной реализации в течение всей жизни образовательной траектории, постоянного обучения и развития в целях существования в парадигме растущего спроса на специалистов в области информационно-коммуникационных технологий в различных секторах отечественной и мировой экономики;
- мобилизация и максимизация доли использования информационно-коммуникационных технологий в сфере реализации государственно-властных функций и полномочий и организация предоставления публичных услуг в режиме реального времени, обеспечение тем самым повышение уровня доступности власти для граждан и организаций;
- реализация ресурсов и возможностей органов публичной власти и управления, а равно всех заинтересованных сторон в увеличении масштаба применения информационно-коммуникационных технологий в целях содействия развитию;
- доступ к информации и знаниям;
- реализация принципов и условий сочетания культурного разнообразия и культурной самобытности, языкового разнообразия и местного контента;
- поощрение средств массовой информации различных организационно-правовых форм, форм подачи информационного контента к повышению их роли и объема функционала в даль-

нейшем развитии информационного общества и цифровой среды;

- укрепление и расширение инициативы на базе информационно-коммуникационных технологий по предоставлению медицинской и гуманитарной помощи в условиях чрезвычайных ситуаций, стихийных бедствий и иных экстраординарных ситуаций;
- пользование информационно-коммуникационных технологий в качестве базового ресурса систематического распространения информации в агропромышленном комплексе в области сельского хозяйства, растениеводства, животноводства, рыболовства, продовольствия, лесного хозяйства; обеспечение активного увеличения масштаба свободного доступа к комплексной, актуальной и подробной информации, особенно в сельской местности.

Наднациональные стандарты правового сопровождения цифровой экономики также активно формируются в международном пространстве, сформированном Евразийским экономическим союзом (ЕАЭС), что обуславливает проблематику гармонизации нормативно-правового контента цифровизации в пределах юрисдикции ЕАЭС. Договор о создании ЕАЭС и сопровождающие его документы обеспечивают организационно-правовые основы функционирования Таможенного союза, формируя консенсуальную архитектуру единого экономического пространства таможенно-тарифного и нетарифного регулирования, технического регулирования.

Дальнейшее продвижение модели единого экономического пространства предполагает последующее развитие договорного регулирования и национального нормативного регулирования, включая развитие нормативно-технического регулирования, что неизбежно в силу активизации цифровых трансформаций на пространстве ЕАЭС. Такого рода развитие правового сопровождения должно обеспечить минимизацию либо полное исключение возможных ограничений для цифровизации в контенте права ЕАЭС, формирование глобальной цифровой среды доверия как на пространстве ЕАЭС, так и в отношениях с другими государствами и межгосударственными объединениями, терминологическую и институциональную гармонизацию в сфере цифровизации, нормативно-техническую адаптацию, создающую благоприятную среду для транснационального цифрового развития, децентрализацию реестрово-удостоверительной деятельности на пространстве ЕАЭС.

Направления цифровой повестки ЕАЭС

Рассматривая вопрос стандартов и подходов к правовому регулированию цифровой экономики, необходимо принять в качестве основополагающей

следующую мысль. Цифровизация должна рассматриваться как фактор, способствующий развитию (преобразованию) любых экономических и социальных процессов, любых общественных отношений, поскольку в широком смысле она влечет их возникновение, изменение или прекращение.

Такие преобразования затронут работу всех секторов экономики, модели потребления и вза-

имодействия бизнеса. Цифровизация выступает локомотивом социально-экономического роста в контексте решения задач достижения существенного поступательного социально-экономического развития, обеспечивая новыми ресурсами отдельные сферы социальной жизнедеятельности, бизнес, рынок труда, образ жизни конкретных людей и их сообществ (см. рис. 1).



Рис. 1.

Уже сейчас на смену состоявшимся институтам и бизнес-моделям приходят цифровые платформы, например Uber, Яндекс.Такси, Airbnb, Booking, Amazon, Aliexpress и др. Согласно докладу «Онлайн и предстоящее: влияние Интернета на развивающиеся страны» консалтинговой компании McKinsey&Company, Internet обеспечивает создание новых рабочих мест взамен им же прекращаемых (в соотношении 3,1 к 1, соответственно); в государствах с развивающейся экономикой этот эффект выглядит несколько более существенно (в соотношении 3,2 к 1); в государствах с развитой экономикой такого рода показатель менее значителен (в соотношении 1,6 к 1). Аналитики констатируют в том числе создание порядка 17 млн рабочих мест в государствах с экономикой переходного типа в период с 2009 по 2011 г.

В то же время есть основания полагать, что приведенные данные по влиянию информационных технологий на рынок труда в определенной степени занижены, что, к сожалению, характерно для демонстрации результатов статистического анализа по развитию цифровой экономики в целом. В частности, по данным ОЭСР, число лиц, занятых в ИКТ-сегменте экономики Великобритании, составляет порядка 4,5 %, в то же время иная аналитика говорит об 11 %.

Приведенные данные прямо противоположны сложившемуся мнению о грядущей замене человека технологиями и указывают на прочную связь развития рынка, в том числе рынка труда, с цифровой экономикой.

Сегодня каждое государство вырабатывает формат и форму концепции цифрового развития путем принятия как национальных стратегических планов и законодательных актов, так и подзаконных актов.

Лидируют в части реализации национальной цифровой повестки США, где объем цифровизации составляет порядка 10,9 % ВВП, при том что информационно-технологические мощности и ресурсы позволяют американским компаниям осуществлять контроль над отдельными сегментами мирового цифрового рынка. В 2015 г. в США была разработана и введена в действие специальная государственная программа Digital Economy Agenda, направленная на формирование благоприятного климата для национального высокотехнологичного бизнеса и продвижения его интересов в мировом масштабе. Программа имеет межведомственный характер и содержит принципы, которые будут учитываться при формировании стратегий и инициатив, поскольку с учетом государственного и правового уклада США невозможно создать единую программу.

Повестка цифровой экономики США согласно Digital Economy Agenda состоит из четырех основных блоков:

- свободный и открытый Интернет. Основным блоком данной программы является свободный обмен информацией, способствующий увеличению электронной торговли, в том числе внешнеэкономической торговли;
- доверие и безопасность в сети. Неотъемлемой частью развития являются кибербезопасность, защита данных и правовой режим их использования, осуществление торговли и проведение иных операций;
- доступ и профессиональные навыки. Условиями реализации любой программы в рамках цифровизации являются возможность беспрепятственного выхода в сеть Интернет и наличие навыков его эффективного использования;
- инновации и новые технологии. Последний блок данной программы посвящен развитию законодательства о патентовании и повышению его качества.

При активном развитии Интернета в США, обсуждении проекта Информационной магистрали (Information superhighway) в США остается проблема доступа к Интернету. Например, безлимитный доступ к сети Интернет в России дешевле, чем в США, в 14 раз.

В Китае также имеется единая программа преобразования и перехода к цифровой экономике на национальном уровне. Вместе с тем выработаны конкретные меры и поставлены задачи, способствующие развитию цифровой экономики. Такие задачи изложены в Инструктивных указаниях Госсовета КНР по активному продвижению действия программы «Интернет+» (2015), Стратегии «Сделано в Китае — 2025», Плана развития искусственного интеллекта (ИИ) нового поколения.

В 2015 г. в стране была принята программа «Интернет+», направленная на создание информационного общества к 2049 г. Данная программа является основой для разработки отраслевых и профильных проектов.

Программа «Сделано в Китае — 2025» («Made in China — 2025») разработана Министерством промышленности и информатизации КНР при участии иных министерств и ведомств. Указанная программа в первую очередь направлена на развитие промышленности в области инновационных технологий. Понимая невозможность реализации поставленных целей без цифровизации, правительство КНР включило в программу и задачи, связанные с оцифровкой процессов производства. Данная программа предполагает 10 ключевых направлений, а развитие цифровых технологий определено как приоритетное направление.

Вместе с тем отставание правового регулирования от скорости преобразований в области

информационно-коммуникационных технологий и цифровой экономики препятствует развитию данного направления в Китае. Например, отсутствует закон, защищающий персональные данные граждан, низок уровень защиты интеллектуальных прав.

В 2017 г. в Великобритании принят Закон «О цифровой экономике» (Digital Economy act of 2017), которым предусмотрены регулирование и создание инфраструктуры цифровых коммуникаций, рассмотрены вопросы цифрового правительства, электронного документооборота, ограничение использования определенного интернет-контента, защита авторских прав и проч.

В 2017 г. также представлена Стратегия развития цифровых технологий (Digital Strategy). Стратегия предусматривает семь направлений развития экономики в целях создания «ведущей цифровой экономики»:

- связь — создание цифровой инфраструктуры мирового класса;
- компьютерная грамотность и инклюзия — предоставление доступа к необходимым профессиональным знаниям всем слоям населения;
- цифровые секторы — формирование лучших условий для создания и роста бизнеса в сфере ИКТ;
- расширение экономики — оказание помощи бизнесу в цифровой трансформации;
- безопасное и надежное киберпространство — превращение страны в безопаснейшее место в мире для жизни и работы в онлайн-пространстве;
- цифровое правительство — создание британского правительства как мирового лидера в области предоставления электронных услуг гражданам;
- экономика данных — раскрытие потенциала баз данных в экономике и повышение доверия граждан к их использованию.

Нельзя не отметить Германию, которая реализует проект «Индустрия 4.0». Данная концепция предложена учеными страны в 2011 г. Основной целью является внедрение киберфизических систем (CPS — cyber physical systems) в производственные процессы посредством внедрения интернета вещей (IoT) и создания «умной промышленности» (smart manufacturing) за счет интеграции. Предполагаются цифровизация промышленного оборудования и создание глобальной промышленной сети интернета вещей.

В Сингапуре, Финляндии и Израиле приняты долгосрочные комплексные стратегические планы для решения задачи по созданию условий для цифровых инноваций и развития цифровой экономики, например в Сингапуре — программа «Умная нация», в Финляндии — Стратегическая программа Правительства 2015 г. и План действий для реализации ключевых проектов и ре-

форм, в Израиле — Национальная инициатива «Цифровой Израиль».

По сути, все регулирование цифровой экономики вне зависимости от формы (закон, национальная программа, межведомственный план, иные подзаконные акты) на сегодняшний день сводится к обеспечению:

- кибербезопасности (в том числе и безопасность передачи информации, защита персональных данных);
- развития электронного правительства для упрощения взаимодействия с госорганами;
- развития Интернета и свободного доступа граждан к информации, в том числе научной, а также издаваемой органами государственной власти;
- модернизации образования, направленной на повышение уровня подготовки кадров в области цифровых технологий, а также использование цифровых технологий для обучения, получения возможности анализа и прогнозирования потребностей определенных навыков или знаний в конкретных сферах деятельности.

Таким образом, обобщение мировых практик цифровизации демонстрирует процессы интенсификации внедрения социальных технологических инноваций: развитие сферы влияния социальных медиа и расширение онлайн-транзакций между государством и гражданами и организациями, активизация платформ для реализации гражданских инициатив, развитие технологий Data Mining, Big Data, Deep learning, Blockchain.

В государствах Евросоюза стратегия развития цифрового правительства предусматривает решение вопросов цифровой модернизации публично-администрирования, обеспечение социально-экономической мобильности на основе построения механизмов и инструментария трансграничного взаимодействия и преодоления географических, административных барьеров, цифровое обеспечение качества публичных услуг⁴.

В целом можно идентифицировать два спектра цифровизации: модернизацию качества публичного управления (модель цифровой власти и цифрового правительства) и создание комфортной среды (модель «Умный город», «Цифровой город»)⁵. Оба спектра являются элементами циф-

ровой экосистемы и начали внедряться также на территории Российской Федерации.

Практика внедрения «умных городов» уже известна по государствам Европы, Восточной Азии и США (Копенгаген, Сингапур, Стокгольм, Цюрих, Токио, Сан-Франциско, Амстердам, Женева и Мельбурн). В соответствии с данными Easypark, в 2017 г. два города-мегаполиса России признаны smart-city — Москва и Санкт-Петербург⁶.

Мировой опыт свидетельствует, что цифровизация государственного администрирования охватывают широкий спектр вопросов как формального, так и процедурного аспектов. Переход к цифровому правительству — поэтапный, с интеграцией новых и традиционных информационных систем.

Основные элементы цифрового государственного управления

Здесь уместно обратиться к российскому опыту цифровизации государственного администрирования, который также занимает лидирующие позиции (см. рис. 2). Федеральные и региональные ведомства прекратят прием россиян к 2024 г. и передадут свои полномочия многофункциональным центрам предоставления государственных и муниципальных услуг (МФЦ). После реформы они будут предоставлять абсолютно все виды госуслуг. Исключение составят так называемые неустраняемые случаи, которые правительство определит позднее. Данные нововведения содержит законопроект о госуслугах, разработанный Минэкономразвития.

По мнению замминистра экономического развития Саввы Шипова, законопроект закладывает «новую философию взаимодействия человека с государством»⁷.

Получить помощь в центрах можно будет вне зависимости от места прописки, многие сервисы будут предоставлять, опережая фактическое обращение граждан, а все услуги станут доступны в электронной форме. По мнению экспертов, удовлетворенность качеством госуслуг достигла 90,1 % в 2018 г., при этом новый закон нужен, чтобы государственные сервисы шли в ногу со временем.

⁴ См.: Акаткин Ю. М., Ясиновская Е. Д. Цифровая трансформация государственного управления. Датацентричность и семантическая интероперабельность. М.: ДПК Пресс, 2018; Хартия открытых данных «Группы восьми». Приложение. Июнь 2013; приказ Минстроя России от 31.10.2018 № 695/пр. «Об утверждении паспорта ведомственного проекта цифровизации городского хозяйства «Умный город»».

⁵ Правовое регулирование цифровой экономики в современных условиях развития высокотехнологичного бизнеса в национальном и глобальном контексте: монография / под общ. ред. В. Н. Синюкова, М. А. Егоровой. М.: Проспект, 2019.

⁶ URL: <https://easyparkgroup.com/smart-cities-index/>.

⁷ URL: https://iz.ru/945156/2019-11-20/gosorgany-perestanut-prinimat-rossiiian-k-2024-godu?utm_source=yxnews&utm_medium=desktop&utm_referrer=https%3A%2F%2Fyandex.ru%2Fnews (дата обращения: 20.11.2019).



Открытое правительство / Электронное правительство
Электронные государственные услуги; экосистема «Умная городская среда» (31.12.2024)
ГАС «Управление», ФИС СП; ГИС Федеральный портал пространственных данных (31.12.2019)
Межведомственное электронное взаимодействие. Единая система электронного документооборота органов государственной власти (З/И/С).

Рис. 2.

В многофункциональных центрах можно будет зарегистрировать брак, подать заявление в полицию, а также иск в суд, как следует из презентации проекта реформы, подготовленной Минэкономразвития для Правительства. В целом МФЦ планируется передать все полномочия госорганов по взаимодействию с населением и бизнесом. Реформа предполагает, что приемные в госучреждениях будут ликвидированы, а в рамках МФЦ создадут специальный институт уполномоченного по правам заявителей. Это в значительной степени защитит граждан и предпринимателей от

действий сотрудников госорганов, ущемляющих их права. Многофункциональные центры планируют превратить в единый канал коммуникаций между гражданами и предпринимателями со всеми органами власти.

Необходимо учитывать, что государство может лишь обеспечить условия для перехода к цифровой экономике. Политика перехода должна проводиться путем создания особых правовых режимов (режимы благоприятствования, технологические и особые экономические режимы, режимы в рамках налоговой и миграционной политики и проч.).

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Акаткин Ю. М., Ясиновская Е. Д. Цифровая трансформация государственного управления. Датацентричность и семантическая интероперабельность. — М. : ДПК Пресс, 2018.
2. Правовое регулирование цифровой экономики в современных условиях развития высокотехнологичного бизнеса в национальном и глобальном контексте : монография / под общ. ред. В. Н. Синюкова, М. А. Егоровой. — М. : Проспект, 2019. — 240 с.

Вопросы регулирования национальных цифровых валют в условиях глобальных мировых вызовов¹

Issues of Regulation of National Digital Currencies in the Context of Global Global Challenges

М. А. Егорова,

доктор юридических наук, профессор
Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
egorova-ma-mos@yandex.ru

О. В. Кожевина,

доктор экономических наук, профессор Московского государственного
технического университета имени Н. Э. Баумана
ibm4@bmstu.ru

М. А. Egorova,

Doctor of Law, Professor
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

О. V. Kozhevina,

Doctor of Economics, Professor,
Bauman Moscow state technical University

© М. А. Егорова, О. В. Кожевина, 2020

Аннотация. В статье рассматриваются теоретические и практические аспекты регулирования национальных цифровых валют (CBDC). Проанализированы выгоды и риски их внедрения с учетом особенностей функционирования финансовой и денежно-кредитной систем. Обобщен зарубежный опыт ряда стран мира, в которых иницированы процессы внедрения национальных криптографических систем (государственных стейблкоинов). Изучено влияние глобального мирового вызова — пандемии на активизацию в сфере создания национальных цифровых валют.

Ключевые слова: регулирование, государственные стейблкоины, национальная цифровая валюта, риски, преимущества, зарубежная практика.

Abstract. The article discusses the theoretical and practical aspects of the regulation of national digital currencies (CBDC). The benefits and risks of their implementation are analyzed, taking into account the peculiarities of the functioning of the financial and monetary systems. The article summarizes the foreign experience of a number of countries that have initiated the implementation of national cryptographic systems (state stablecoins). The impact of the global global challenge — the pandemic on the activation of the creation of national digital currencies has been studied.

Keywords: regulation, state stablecoins, national digital currency, risks, advantages, foreign practice.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.030-033

Современные информационные технологии меняют ландшафт рынков и отраслей, создают новые возможности для пользователей и потребителей и генерируют риски и вызовы регуляторам. В современной денежной системе деньги имеют долговую природу. Потребителям в целом наличные деньги удобны. С точки зрения центрального банка, наличные деньги являются

беспроцентным обязательством, спрос на который автономен.

Развитие IT-технологий в банковском секторе трансформировали архитектуру традиционной денежной системы, и это привело к созданию двухуровневой системы с внедрением электронных расчетов. Дальнейшее развитие информационных технологий будет иметь все больше послед-

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16056.

ствий для денежной и финансовой систем, и в этих условиях центральным банкам необходимо уделять серьезное внимание изучению рисков, угроз, недостатков, уязвимостей новых технологий для устойчивости национальных финансовых систем.

В последнее время финансовые институты активно изучают возможность интегрировать блокчейн в создание государственных цифровых активов. Блокчейн-технология имеет значительные преимущества, которые интересны с позиции развития криптовалют. Ряд стран оценивают возможность создания собственных криптовалют в качестве официального электронного платежного средства. Если традиционные криптографические системы не привязаны к стране и отрасли, то национальные криптографические системы со страной происхождения тесно связаны. Национальная криптовалюта для страны — это способ модернизации текущих денежных систем.

Из доклада, опубликованного BIS (Bank for International Settlements, Банк международных расчетов)² о будущем платежей и криптовалюты при в связи с COVID-19, следует, что пандемия может ускорить внедрение государственных криптовалют (стейблкоинов). Пандемия COVID-19 привела к беспрецедентной обеспокоенности общественности по поводу передачи вируса через наличные деньги. Национальные центральные банки сообщают о большом увеличении запросов от средств массовой информации о безопасности использования наличных денег. В Австралии, Франции, Сингапуре, Швейцарии, Ирландии, Великобритании, Канаде, США, на Ямайке и в Кении наиболее высокий поисковый интерес. Исследователи в области микробиологии изучают, как долго патогенные агенты, включая вирусы, бактерии, грибки, могут выживать на банкнотах и монетах. Тем не менее ученые отмечают, что вероятность передачи вируса через банкноты является низкой по сравнению с другими предметами, к которым часто прикасаются. Согласно докладу BIS случаев передачи COVID-19 через банкноты или монеты не известно.

Вместе с тем Народный банк Китая в феврале 2020 г. начал стерилизовать банкноты в регионах, пораженных вирусом. Центральные банки в Южной Корее, Венгрии, Кувейте также перешли на стерилизацию банкнот. Центральные банки или правительства России, Индии, Индонезии, Грузии и других стран в условиях глобального вызова — пандемии поощряют безналичные расчеты.

Через электронные платежи и цифровые валюты нельзя заразиться вирусом, поэтому такие формы стали более интересны людям в условиях пандемии. Чем более затяжной характер примет пандемия и чем глубже укоренится впоследствии

страх людей, тем меньше наличные деньги будут в обороте. В среднесрочной перспективе вспышка пандемии может привести как к более высоким запасам наличности, так и к росту использования мобильных, онлайн-платежей, платежей по банковским картам.

Эксперты BIS полагают, что государственные цифровые валюты (стейблкоины) должны быть устойчивы к широкому спектру угроз и хакерским атакам и в то же время просты и безопасны для разных групп населения, в том числе пожилых людей.

В качестве преимуществ государственных стейблкоинов отмечают: высокая скорость транзакций, сокращение затрат и сроков транзакций, удобство в использовании в отличие от традиционных криптовалют BTC и ETH, высокая юридическая защита транзакций и возврат ошибочных платежей, борьба с коррупцией и отмыванием денег, уменьшение расходов по управлению фиатными деньгами, отказ от печати наличных денег и их утилизации.

Bank for International Settlements в январе создал рабочую группу с центральными банками Евросоюза, Англии, Швеции, Швейцарии, Японии и Канады по изучению возможности использования национальных криптовалют — *Central Bank Digital Currency* (CBDC). CBDC — это цифровые активы, выпускаемые центральными банками. CBDC — потенциально новая форма цифровых денег центрального банка, которую можно отличить от резервов или расчетных балансов, находящихся в коммерческих банках. CBDC, как правило, представлены в двух видах: оптовом или ограниченном (заранее ограничен круг пользователей, *Wholesale*) и розничном или универсальном (широко доступном, *Retail*). Введение государственных цифровых валют способно трансформировать сложившуюся национальную денежно-кредитную и финансовую структуру.

Ограниченные CBDC в сочетании с использованием блокчейна могут повысить эффективность расчетов по транзакциям, связанным с ценными бумагами и производными финансовыми инструментами. Необходимо тщательно изучить и провести тестирование систем, прежде чем центральные банки начнут безопасно внедрять CBDC, необходимо обеспечить выполнение требований по борьбе с отмыванием денег и финансированием терроризма (ПОД/ФТ), требований государственной политики налоговых и других надзорных органов. Кроме того, в некоторых юрисдикциях центральные банки могут не иметь юридических полномочий для CBDC, поэтому обеспечение эффективного и прозрачного функционирования такой системы может оказаться достаточно проблематичным вопросом.

² BIS Bulletin Covid-19, cash, and the future of payments. Raphael Auer, Giulio Cornelli and Jon Frost. 03.04.2020. 9 p.

Являясь ликвидным и кредитоспособным активом, ограниченный вариант CBDC, доступный институциональным инвесторам, который мог бы использовать резервы центрального банка, приносящие проценты, способен функционировать как безопасный актив, сопоставимый по своей природе с государственными векселями с коротким сроком погашения. Вариант общего (широкого) назначения может конкурировать с гарантированными банковскими депозитами, что повлияет на ценообразование и структуру финансирования банков³.

Введение CBDC в одной юрисдикции может неблагоприятно повлиять на другие. Необходимо тщательно изучить эффекты внедрения цифровых валют на денежно-кредитную систему и финансовую стабильность. В частности, не изучены вопросы того, как будут изменяться процентные ставки, расчетно-кассовое обслуживание, депозиты, поведение экономических агентов (коммерческих банков, компаний, физических лиц и пр.). Центральный банк РФ в обзоре⁴ отражает как риски розничных CBDC для финансовой стабильности, так и потенциальные возможности усиления трансмиссионного механизма денежно-кредитной политики.

Появление новых денег центральных банков в виде цифровых валют может изменить устройство финансовой системы, но вряд ли поможет решить структурные экономические проблемы конкретной страны⁵. На текущий момент нет ни одной успешной, полноценно функционирующей и доступной широкому кругу людей CBDC, в том числе построенной на распределенном реестре (Distributed Ledger Technology, DLT). Еще не сложилось четкого понимания вида и механизма реализации концепции CBDC, но Банк России подробно изучает этот механизм.

Отметим риски внедрения CBDC: возможны проблемы, связанные с операциями конечных клиентов; расчетно-кассовое обслуживание (РКО) не является источником дохода коммерческих банков, поскольку РКО осуществляется через блокчейн CBDC; расширение P2P-операций и снижение конкурентоспособности коммерческих банков; сложности соблюдения принципов известности контрагента/клиента. В зарубежном праве используются аббревиатуры KYC (Know Your Customer или Know Your Client) / AML (Anti-Money Laundering)⁶, в том числе с контролем отмывания денег. Know Your Customer или Know Your Client (знай своего клиента) — принцип деятельности,

обязывающий перед проведением финансовой операции осуществлять идентификацию личности контрагента финансовыми институтами, риск-менеджмент транзакций в целях минимизации клиентских рисков и предотвращения коррупции.

Процедуры, направленные на повышение безопасности транзакций, широко распространены в российских финансовых организациях, а также в компаниях с государственным участием. Anti-Money Laundering — противодействие отмыванию денег. Принципы AML позволяют финансовым организациям отслеживать: ведение бизнеса на основе наличных расчетов; держание денег компании на разных счетах, в том числе в нескольких банках; перевод средств за границу; покупку инструментов наличного расчета; инвестирование в ценные бумаги через аффилированных с компанией брокеров или дилеров.

Выпуск национальной криптовалюты обсуждается в Объединенных Арабских Эмиратах, Венесуэле, Эстонии, Швеции, Швейцарии, Великобритании, Японии, Китае, Иране, Индии, Израиле, Канаде, не обходит этот вопрос и Центральный банк России. суОпыт Венесуэлы, запустившей в 2018 г. CBDC, и Эквадора делавшего это в 2014 г., свидетельствует только о ранней стадии внедрения национальных цифровых валют и о том, что они еще не могут оказывать существенного воздействия на фундаментальные характеристики экономики. Венесуэла предпринимала попытку обеспечения цифровой валюты нефтью, золотом, картофелем, но это лишь способ привлечения средств под залог физических активов, который никто, кроме эмитента, не может гарантировать.

Так, Центральный банк Швеции в начале 2020 г. инициировал тестирование национальной криптовалюты — цифровой кроны, которая по предположению, должна заменить полностью наличные деньги через осуществление платежей в мобильном приложении.

Китай занимает спорную позицию относительно внедрения цифровой валюты, однако представители Центробанка Китая рассматривают национальную цифровую валюту в виде актива для взаиморасчетов и считают, что цифровой юань в спекулятивных расчетах использоваться не сможет. Народный банк Китая, несмотря на серьезные последствия от пандемии COVID-19, планирует разработку цифрового юаня — системы платежей на основе цифровой валюты DCEP (Digital Currency Electronic Payment). Следует заметить, что у многих стран имеется опасение, что

³ Central bank digital currencies. Committee on Payments and Market Infrastructures. March 2018 // URL: <https://www.bis.org/cpmi/publ/d174.pdf> (дата обращения: 05.06.2020 г.)

⁴ Есть ли будущее у цифровых валют центральных банков? Аналитическая записка. М., апрель 2019. 23 с.

⁵ Есть ли будущее у цифровых валют центральных банков?

⁶ Что такое KYC и AML и как это регулируется в России // URL: <https://rb.ru/story/what-is-kyc-and-aml/> (дата обращения: 06.04.2020).

цифровой юань будет популярным направлением перетока капиталов.

США также рассматривают возможность собственной цифровой валюты с использованием технологии блокчейн. С марта 2020 г. для обсуждения введения цифрового доллара создана группа из экспертов. По проекту предполагается, что «цифровой доллар» будет обеспечен средствами Федерального резерва США. CBDC, по мнению американских экспертов, делают банковскую систему проще, а цифровая форма является более доступной для совершения платежей, поскольку позволяет их осуществлять напрямую. В США даже предложили использовать криптовалюту

в целях борьбы с COVID-19, полагая, что выпуск цифрового доллара будет способствовать восстановлению экономики и обеспечению социальных гарантий гражданам и прямым выплатам.

Таким образом, внедрение национальных цифровых валют сопряжено как с преимуществами, так и с высокими рисками. Влияние CBDC на экономическую и финансовую сферы зависит от востребованности бизнесом и населением нового инструмента, возможности его широкого использования. В случае внедрения, если CBDC со временем покажет ликвидность и доступность использования, цифровая валюта вполне может стать эквивалентом наличных денег.

Защита научной информации в зарубежном праве¹

Protection of Scientific information in foreign Legal Systems

А. Г. Барабашев,

кандидат юридических наук,
доцент кафедры интеграционного и европейского права
Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
Lab.kiepr@msal.ru

Д. В. Пономарева,

кандидат юридических наук,
заместитель заведующего кафедрой практической юриспруденции
Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
lab.kpryur@msal.ru

A. G. Barabashev,

Candidate of jurisprudence, Candidate of law, Associate Professor
of the Department of Integration and European law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

D. V. Ponomareva,

Candidate of jurisprudence, candidate of law, Deputy head
of the Department practical jurisprudence of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

© А. Г. Барабашев, Д. В. Пономарева, 2020

Аннотация. В статье рассматривается правовое регулирование научной информации в различных зарубежных юрисдикциях. Авторами обозначены актуальные проблемы, связанные с обеспечением защиты научной информации правовыми средствами. Особое внимание уделяется анализу правового регулирования открытого доступа к научной информации.

Ключевые слова: научная информация, правовое регулирование, международное право, субъекты научной деятельности, технологии.

Abstract. The article deals with the legal regulation of scientific information in various foreign jurisdictions. The authors highlighted actual problems associated with the protection of scientific information by legal means. Particular attention is paid to the analysis of the legal regulation of open access to scientific information.

Keywords: scientific information, legal regulation, international law, subjects of scientific activity, technology.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.034-037

Научная информация представляет собой особый объект правового регулирования. В учебной и научной литературе понятие научной информации определяется примерно идентично. Так, финансовый словарь «Финам» под научной информацией понимает логически организованную информацию, получаемую в процессе научного познания и отображающую

явления и законы природы, общества и мышления². Словарь научно-технических терминов³ определяет научную информацию как разновидность технической информации, связанной с изучением законов природы. На сегодняшний день в общественных науках укоренилось более широкое понимание научной информации, представленное в финансовом словаре «Финам»,

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-15022 мк «События, модели и проблемы регулирования и охраны субъективных прав в области получения, использования, распространения и защиты результатов научной деятельности и научной информации».

² См.: Словарь научных терминов Финам // URL: <https://www.finam.ru/Dictionary/WordF003C0?page=6> (дата обращения: 20.11.2019).

³ См.: McGraw-Hill. Concise encyclopedia of science & technology. 5th ed. The McGraw-Hill Companies, Inc., 2005. 2261 с.

которое выделяет несколько характеристик научной информации.

1. Научная информация — это прежде всего логически организованная информация, структурированная и системно изложенная.
2. Научная информация есть результат сложного и многоэтапного процесса научного познания.
3. Научная информация отображает не только законы природы, но и когнитивные законы (законы мышления), а также законы функционирования общества, что представляется особенно актуальным для социально-гуманитарных дисциплин.

В международном правовом поле (на примере Содружества Независимых Государств) фигурирует понятие научно-технической информации. Данное понятие, в частности, мы встречаем в Модельном законе «О научно-технической информации», принятом на 15-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств — участников Содружества Независимых Государств (постановление № 15-10 от 13 июня 2000 г.)⁴.

Вместе с тем необходимо отметить, что традиционно понятие научно-технической информации относилось к сведениям негуманитарного характера, полученным в результате научно-исследовательской, опытно-конструкторской, технологической, проектной и производственной деятельности в рамках естественных и технических наук, в том числе медицины и сельского хозяйства. Что же касается сведений, полученных в ходе исследований в рамках гуманитарных дисциплин, то по смыслу данного Модельного закона понятием научно-технической информации они не охватываются, что создает определенный правовой пробел, в особенности если речь идет о необходимости защиты научной информации как результата научной деятельности или исходных данных. Тем не менее данный Модельный закон можно рассматривать как первую попытку формулировки на наднациональном уровне понятия научно-технической информации. Однако необходимо отметить, что положения Модельного закона носят рекомендательный характер для государств — участников СНГ.

На сегодняшний день в российском праве не сформулировано ни понятия научной информации, ни понятия научно-технической информации. Несмотря на существование в структуре Российской академии наук Всероссийского института научной и технической информации (ВИНИТИ РАН), сформулировать данное понятие с учетом существующего уровня развития науки и техни-

ки российскому законодателю только предстоит. В Федеральном законе от 23.08.1996 № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике»⁵ упоминается только понятие «научный и (или) научно-технический результат», представляющий собой продукт научной и (или) научно-технической деятельности, содержащий новые знания или решения и зафиксированный на любом информационном носителе. Теоретически данное понятие может включать в свое содержание и научную и (или) научно-техническую информацию как разновидность научного (научно-технического) результата, однако с учетом буквального толкования нормы закона данный тезис не может быть очевидным.

Вместе с тем указанный Федеральный закон, не определяя научную (или даже научно-техническую) информацию, в ст. 9 отмечает, что субъекты научной и (или) научно-технической деятельности имеют право на обмен информацией, за исключением информации, содержащей сведения, относящиеся к государственной, служебной или коммерческой тайне. Таким образом, можем отметить, что российский законодатель, не определяя исчерпывающим образом категории научной (научно-технической) информации, все же признает наличие ее особого вида — информации, содержащей сведения, относящиеся к государственной, служебной или коммерческой тайне, которая подпадает под особый правовой режим.

Об информации идет речь, когда законодатель упоминает о способах хранения (архивирования) научной (научно-технической) информации. Так, в указанной выше ст. 9 упомянутого Федерального закона отмечается, что в Российской Федерации создаются федеральные информационные фонды и системы в области науки и техники, осуществляющие сбор, государственную регистрацию, аналитическую обработку, хранение и доведение до потребителей научной и технической информации, которые содействует изданию научной и научно-технической продукции, приобретению научных журналов, книг, иных печатных изданий о научных и (или) научно-технических результатах за пределами территории Российской Федерации. В качестве таких фондов и систем выступают ВИНТИ РАН, ИНИОН РАН, Информационное агентство «Интегрум», КиберЛенинка и др.

— научной и (или) научно-технической деятельности гарантируется доступ к указанной информации, а также право на ее приобретение. Подчеркивается, что в случае ликвидации государственных научных организаций, при ко-

⁴ Модельный закон о научно-технической информации (принят в г. Санкт-Петербурге 13.06.2000 постановлением 15-10 на 15-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ) // Информационный бюллетень Межпарламентской Ассамблеи государств — участников Содружества Независимых Государств. 2000. № 25. С. 203—212.

⁵ Собрание законодательства РФ. 1996. № 35. Ст. 4137.

торых функционируют банки данных и базы данных научной и (или) научно-технической информации, обеспечиваются сохранность указанных банков данных и баз данных и передача их правопреемникам в установленном порядке.

Для усовершенствования современного состояния правового регулирования научной информации в Российской Федерации необходимо обратиться к опыту зарубежных государств. В частности, собственное правовое регулирование научной информации существует в Европейском Союзе. Так, в 2012 г. была принята Рекомендация Европейской комиссии об обеспечении доступа и хранения научной информации⁶. Необходимо отметить, что дефиниция научной информации в тексте данной Рекомендации отсутствует. Вместе с тем документ содержит ключевые положения, касающиеся обеспечения прав субъектов научной (научно-технической) деятельности в отношении доступа и хранения научной информации.

В частности, в данной Рекомендации обозначены основные направления политики в указанной области:

- обеспечение открытого доступа к публикациям, являющимся результатами научно-исследовательской деятельности, в наиболее короткие сроки и в любом случае не позднее чем через шесть месяцев после даты опубликования;
- усовершенствование системы лицензирования, которая будет способствовать открытому доступу к научным публикациям; создание такой системы научных институтов, которая поддерживает и поощряет исследователей, участвующих в обмене результатами исследований, в том числе путем обеспечения открытого доступа к публикациям и путем разработки, поощрения и использования новых альтернативных моделей оценок показателей;
- обеспечение прозрачности доступа к научной информации путем информирования населения о соглашениях (договорах) между государственными учреждениями и издателями о распространении научной информации (в том числе о возможности оформления электронных подписок на научные издания, предлагаемые по сниженной цене);
- обеспечение широкого и недорогого доступа небольших предприятий и независимых исследователей к научным публикациям, содержащим результаты исследований.

Рекомендация отмечает необходимость проведения государствами — членами ЕС сбалансированной и эффективной политики в области сохранения научной информации. Подчеркивается, что государствам-членам нужно обеспечить

реализацию политики, предусматривающей распределение обязанностей субъектов научной (научно-технической) деятельности в целях сохранения научной информации, в том числе финансовое планирование, чтобы гарантировать долгосрочное хранение результатов научных исследований (научной информации), в том числе первичных данных и публикаций. В числе других направлений деятельности государств — членов ЕС в обозначенной сфере указаны:

- обеспечение эффективной системы депонирования электронной научной информации, включая цифровые публикации и, в соответствующих случаях, базы данных;
- сохранение аппаратного и программного обеспечения, необходимого для воспроизведения научной информации в будущем;
- создание условий для заинтересованных сторон в части предоставления дополнительных услуг на основе повторного использования научной информации.

Стоит отметить, что рассматриваемый документ не обладает обязательной юридической силой для государств-членов. Название говорит само за себя: данный документ носит рекомендательный характер. Тем не менее государства — члены ЕС продемонстрировали заинтересованность в его имплементации.

Большинство государств — членов ЕС приняли, внедряют или в настоящее время обсуждают проведение политики открытого доступа к публикациям на национальном уровне. Вместе с тем проблематичным остается обеспечение расширения доступа субъектов научной (научно-технической) деятельности к научной информации для независимых исследователей. Государства расходятся в оценках того, как они относятся к исследователям с точки зрения сохранения их авторских прав на научную информацию после обеспечения открытого доступа к ней (большинство государств — членов ЕС поддерживают инициативу о том, что исследователи не сохраняют права на научную информацию после обеспечения открытого доступа к ней). Также ряд европейских экспертов считает, что наднациональное правовое регулирование ЕС в области авторского права не способствует обеспечению открытости доступа к научной информации.

Что касается вопросов обеспечения сохранения научной информации, то отдельные государства — члены ЕС добились существенных успехов в трансформации соответствующих положений Рекомендации в национальное законодательство, что способствовало улучшению инфраструктуры архивирования научной информации. В частности, в Болгарии образовательные и ис-

⁶ Commission Recommendation of 17.07.2012 on access to and preservation of scientific information. Brussels, 17.07.2012. C(2012) 4890 final.

следовательские институты постепенно создают инфраструктуру открытого доступа к научной информации, например путем присоединения болгарских научных и учебных учреждений к консорциуму eIFL (электронная информация для библиотек). Кроме того, был создан Болгарский информационный консорциум (BIC), включающий 38 участников, представляющих академические учреждения и библиотеки, совместно использующие научные ресурсы. Правительство Словении приняло национальную стратегию «Исследовательские инфраструктуры: план развития на 2011—2020 годы» в качестве основного программного документа для развития электронной инфраструктуры хранения научной информации в стране.

Несмотря на то, что наднациональное регулирование научной информации в ЕС представлено «мягким правом», оно смогло сформулировать ориентиры для национальных законодателей по созданию соответствующей инфраструктуры сохранения научной информации и эффективных гарантий прав субъектов научной (научно-технической) деятельности в отношении открытого доступа к научной информации. Вместе с тем ни европейским, ни российским законодателем не сформулировано четко определенного понятия научной информации, равно же как и в США, где различные федеральные агентства, в зависимости от рода их деятельности, определяют ее по-своему, как и законодатель. Возможно, в этом заложено рациональное зерно. Наука в наше время постоянно меняется, становясь все более междисциплинарной и практикоориентированной. Меняется и само понятие научной информации. Поэтому ее жесткая законодательная формулировка могла бы быстро устареть и создать ненужные юридические и понятийные недоразумения. Тем не менее это в значительной степени усложняет создание эффективной системы ее защиты

и гарантий прав субъектов научной (научно-технической) деятельности.

В США вопросы защиты научной информации часто бывают связаны с вопросами национальной безопасности. В качестве примера можно привести инициативу конгрессмена от третьего округа штата Индиана Джима Бэнкса, который в марте 2019 г. внес в Конгресс США проект HR 1678 закона о защите университетов США⁷. Закон призван сократить утечку конфиденциальной научной информации, связанной с вопросами национальной безопасности, выработанной американскими техническими университетами, в такие страны, как Китай, Россия, Северная Корея и Иран. Бэнкс выразил мнение, что разработки ключевых технологий, связанных с обороноспособностью США, созданных высшими учебными заведениями, лишены гарантий надлежащей защиты. Конкурирующие друг с другом крупные компании, часто находящиеся под влиянием иностранных государств, стремятся воспользоваться результатами технологического прогресса США, который во многом обязан исследовательской деятельности американских технических университетов. Такие страны, как Китай, могут использовать подрывную тактику, внедрив своих ученых и студентов в исследовательские университетские программы США с целью похищения научной информации для передачи ее своему правительству. Китай также использует возможности телекоммуникационных гигантов Huawei Technologies и ZTE для входа в сети как университетских кампусов, так и за их пределами. По мнению Бэнкса, США должны жестко противостоять этим скрытым угрозам путем ограничения участия китайских корпораций и ученых в исследованиях, проводимых американскими университетами. Это было бы необходимой мерой защиты американских стратегических технологий и технологий союзников США от шпионской деятельности Пекина.

⁷ URL: <https://banks.house.gov/news/documentsingle.aspx?DocumentID=485>.

Ответственность за нарушения авторских и смежных прав

从业禁止在侵犯知识产权犯罪中的适用 Профессиональный запрет, применяемый в расследовании преступлений, связанных с нарушением прав интеллектуальной собственности The Occupational Prohibition Applied in the Crimes of infringing on Intellectual Property Rights

刘夏

河南大学法学院/知识产权学院副教授，法学博士
pangdongmei71@163.com

Лю Ся,

доктор юридических наук, доцент Юридического института, Института интеллектуальной собственности Хэнаньского университета, КНР
pangdongmei71@163.com

Liu Xia,

Associate professor of law School / Intellectual Property School, Henan University, S.J.D.

© Лю Ся, 2020

摘要: 根据侵犯知识产权犯罪的特征与现状，以及从业禁止的目的与价值，从业禁止在这类犯罪中理应得到日益广泛的重视与更为普遍的适用，以克服当前适用极少的困境。在适用从业禁止时，需要把握基本适用性、必要性与合比例性三大基本原则，着重审查侵犯知识产权犯罪行为与行为人职业之间的关联性，即行为人是否利用职业便利实施侵犯知识产权犯罪，或是实施了违背职业要求的特定义务的侵犯知识产权犯罪。

关键词： 侵犯知识产权犯罪；从业禁止；职业；关联性。

Abstract. According to the characteristics and current situation of the crimes of infringing intellectual property rights, as well as the purpose and value of occupational prohibition, the occupational prohibition should be paid more attention and applied more generally in such crimes to overcome the current dilemma. When applying the occupational prohibition, we need to grasp the three basic principles of applicability, necessity and proportionality. We should focus on examining the relationship between the crime of infringing on intellectual property rights and the actor's occupation, that is, whether the crime was committed by taking advantage of the actor's occupation or the crime was committed in violation of the specific obligations required by the actor's occupation.

Keywords: Crimes of Infringing on Intellectual Property Rights; Occupational prohibition; Occupation; Relevance.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.038-043

Article: 37A of the Chinese criminal law stipulates: "Whoever is given a penalty due to a crime committed by taking advantage of his or her profession or a crime committed in violation of the specific obligations required by his or her profession may be prohibited by the people's court from engaging in the relevant profession for three to five years from the date when the penalty ends or the date when the person

is released on parole in light of the circumstances of the crime committed and the need for preventing the commission of any other crime." Article 38 and Article 72 of the Chinese criminal law stipulate: a convict sentenced to control, or When probation is announced, the convict may also be prohibited from engaging in certain activities. The establishment of occupational prohibition will promote the realization of penalty

effect, reduce judicial costs, and deprive criminals' abilities of committing crimes again. According to the characteristics and current situation of the crime of infringing intellectual property rights, the occupational prohibition should be paid more attention and applied more generally in this kind of crime.

1. The necessity of the occupational prohibition applied in the crimes of infringing on intellectual property rights

First, the regulations about the occupational prohibition of the illegal actions of the encroachment upon intellectual property in administrative law is not comprehensive, nor are these regulations forbid to engage in occupations with low thresholds. For example, most of the offenders who had counterfeited registered trademarks do not have legitimate employment so that they will not be deprived of occupational qualifications by administrations and can be only punished by the occupational prohibition in criminal law.

Second, no matter from the point of view of the deterrence to the public or the enforceability of the applicable methods, the occupational prohibition in criminal law is better for achieving the preventive effect. As an example, under the Chinese company law, a perpetrator who had committed a crime of infringing on business secrets is not allowed to serve as a company executive when the enforcement of his penalty was less than five years; but except for the dismissal, there will be no punishment even if the perpetrator violates the regulation. However, there will be a different result where the occupational prohibition in criminal law was applied, an illegal practitioner will get administrative punishment and even can be judged as a criminal.

Third, in criminal law, the regulations about occupational prohibition are more targeted and comprehensive. For instance, in accordance with the Chinese company law, a criminal who had infringed business secrets will be only prohibited from serving as a director, supervisor or senior executive of the company. But if the occupational prohibition was prohibited, the criminal will not be able to continue to engage in this field whatever his identity is.

Fourth, from the perspective of applied procedures, since occupational prohibition was formulated by people's court in accordance with judicial procedures, it has higher neutrality, authority and transparency and can be more effectively supervised and redressed.

2. Basic principles of the application of occupational prohibition

The principle of suitability in German law can be used for reference, which means that we can define it as

the basis of a justified and legitimate security measure which consists of the occupational prohibition. Principle of suitability mainly consists of three parts: applicability, necessity and proportionality.

2.1. Principle of applicability

If the perpetrator's personal danger is high, then the possibility of implementing crimes related to occupation in the future is also extremely high, then a punishment with occupational prohibition will match the principle of applicability properly. For example, Fan Zengke, a man once committed a crime of selling illegally manufactured registered trademarks. After releasing from prison, he committed the same act, which indicates that he was so familiar with the criminal chain from illegally printing to selling illegally manufactured trademarks that he has many conveniences of committing such crimes, which also means the personal danger of him is also very high. He should be occupationally prohibited.

2.2. Principle of necessity

The perpetrator's possibility of committing related crimes again should be emphatically considered into the judgement with occupational prohibition. In the case of "Hu Xiaochun's encroachment upon Copyright", the defendant sold some infringing illegal publications for one and a half years, with a total of more than 40,000 copies, the amount of illegal operations was more than 1.35 million yuan. The defendant has been committing crimes for a long time and making it as his only occupation. It is not difficult to conjecture that he is very likely to continue this kind of tort in the future. And it is necessary to prohibit him from the operating activities of publications for a certain period of time.

2.3. Principle of proportionality

For the criminals of infringing upon intellectual property rights who were sentenced to less than three years in prison, criminal detention, single fines or probation, in order to avoid increasing the burden of their future life, the occupational prohibition shall not be added to. In addition, the scope of occupational prohibition should be limited to the scope of the occupational activities in which the related crimes may occur. For example, if one produces or processes a kind of dumpling with counterfeit brand and constitutes the crime of counterfeiting the registered trademark, the court only needs to prohibit him from engaging in the operating activities such as the dumpling's production, processing and sales. And it is not necessary to expand the scope to all food industries.

3. The identification of crimes of infringing on intellectual property rights and occupational relevance

Under the Criminal Law, the precondition for the perpetrator to be sentenced to occupational prohibition is the correlation between crime and his occupation, which assumes taking advantage

of occupational convenience to commit crimes, or committing crimes that violate particular obligation of professional requirements. In the identification of crimes of infringing on intellectual property rights and occupational relevance, the following issues need more attention:

3.1. The concept and scope of occupation

Occupation should be understood as a kind of work which based on one's social status, continuing and repeating to maintain his social life, it is compliant with the requirements of division of labor in society and is an important means of subsistence. It includes both full-time job and part-time job, legitimate and illegal works. For instance, someone who works in the company during the day and operates a bookstore to sell the encroaching repetitions in the night, his part-time operating activities are also a part of his occupations.

3.2. The essential relationships between behavior and occupation

Perpetrator's behavior must have an internal and close relation to the occupational requirements and characteristics, not just for the platform, convenienc-

es and opportunities provided by the occupation. For example, Li and Cai run a store whose business mainly consists of hair and beauty supplies, they purchased 5,000 counterfeit "Philips" hair clippers and sold these clippers online, the amount they had earned up to 125,000 yuan. Obviously, there is no relevance between their behavior of selling commodities whose registered trademark is counterfeit and their management behavior. So the judge should prohibit these two defendants from engaging in the related operation online, not prohibit them from engaging in the operation of the beauty and hair store.

3.3. The facticity of occupation

The perpetrator's occupation must be real, it can't be false, counterfeit or subjectively imaged, but this doesn't mean that it must meet all the qualifications required by law. However, if one does not have a business license and still produce and sell foods whose registered trademarks are counterfeit for a long time, then he should be judged as "using occupational convenience" and can be sentenced to be prohibited from engaging in the production and operation of relevant foods.

《刑法修正案（八）》规定了对判处管制、缓刑的犯罪分子，可以同时禁止犯罪分子在执行期间从事特定活动从业禁止。《刑法修正案（九）》也新增了刑法第三十七条之一：“因利用职业便利实施犯罪，或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚的，人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要，禁止其自刑罚执行完毕之日或者假释之日起从事相关职业，期限为三年至五年。”这些规定共同构筑起我国刑法上的从业禁止制度。毫无疑问，从业禁止的设立将有利于促进刑罚效果的实现，降低司法成本，并能在极大程度上剥夺部分犯罪人的再犯能力，甚至对其产生比刑罚更大的威慑力。近年来，从业禁止得到了较为广泛地适用，侵犯知识产权犯罪亦不例外。2016年5月24日，郑州中院审理的“范增科非法制造、销售非法制造的注册商标标识案”是河南省首次对监禁刑的被告人适用从业禁止。被告人范增科因非法印刷标有“好想你”注册商标的包装袋，情节严重，除了以销售非法制造的注册商标标识罪被判处有期徒刑三年，还被禁止自刑罚执行完毕或者假释之日起五年内从事与印刷业及制造、销售商标标识有关的职业。该案入选了河南省2016年知识产权司法保护十大典型案例，对今后从业禁止在侵犯知识产权犯罪案件中的适用起到了指导与借鉴作用。笔者认为，根据侵犯知识产权犯罪的特征与现状，从业禁止在这类犯罪中应当得到日益广泛的重视与更为普遍的适用。

一、侵犯知识产权犯罪适用从业禁止的必要性

当前多数学者认为，从业禁止并非刑罚，而是一种特殊的保安处分措施。其是从预防犯罪、保障社会公众安全和维护社会公众利益的角度采取的一项预防性措施，有选择性地剥夺了犯罪人的犯罪能力，目的是为了预防犯罪者继续从事原职业所可能对社会导致的巨大的潜在危险，适用基础是行为人的自身危险性而非罪责，更侧重于矫治预防而非惩罚非难。¹笔者认为，在侵犯知识产权犯罪中适用从业禁止具有高度的必要性与诸多优势，兹简述如下：

第一，我国行政法律法规中缺乏对实施知识产权违法行为的从业禁止规定，不足以预防行为人再犯。当前，尽管我国有20余部行政法律规定了剥夺从业资格或执业资格之类的处罚，但涵盖的范围仍不全面，还有相当多的职业游离于处罚范围之外，难以得到有效规制。而刑法中的从业禁止规定则摆脱了具体职业的限制，既包括只有满足特定资格、得到官方许可方可准入的职业，也包括任何人都允许进入的行业；²而行政法通常只能剥夺行为人从事与自己知识专长和特殊技能相关的职业资格，却难以禁止其从事低门槛的职业或营业。³事实上，多数实施侵犯知识产权犯罪，尤其是假冒注册商标、销售假冒注册商标的商品的行为人都没有正当职业，他们在实施违法犯罪行为时大多没有相关资质，更不需要得到行政机关的许可或审批。如果不对其适用从业禁止，其在刑满释放后即使重操旧业，也不会受到行政机关的有效监管。因此，从业禁止可以有效填补相关行政规范的空白，降低行为人的再犯可能性。

第二，刑法中的从业禁止无论从社会的否定评价程度、对公众的威慑力、还是适用方法的强制性，都更有利于一般预防与特殊预防效果的实现。有的行政法律虽然规定了侵犯知识产权违法犯罪行为的从业禁

¹ 参见叶良芳，应家赞：《论有前科者从业禁止及其适用》，《华北水利水电大学学报（社会科学版）》2015年第4期。

² gl. Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch, 29. Auflage, München: C.H.Beck, 2014, § 70, Rn.4.

³ 参见汤友洪、詹向民、张松涛：《论剥夺职业资格之刑罚》，《法学》1994年第10期。

止措施，但缺乏违反相关规定的后果和处理方式，容易导致操作中的无所适用与处罚上的漏洞。例如，《公司法》第一百四十六条规定，因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序，被判处有期徒刑，执行期满未逾五年，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾五年的人，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员。如果公司违反前款规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的，该选举、委派或者聘任无效。因此，侵犯商业秘密罪的行为人在刑罚执行未逾五年时，不得担任公司高管；但即使其违规担任的，最差的处理情况也不过是聘任无效而已，本人不会受到任何处罚。故而，该规定对行为人的威慑力非常有限，即使违背也不会承担额外的负担。但是，如果适用刑法的从业禁止则不然，行为人在从业禁止期间违规从事相关公司行业的，将由公安机关依法给予处罚；情节严重的，甚至还可能构成拒不执行判决、裁定罪。

第三，刑法中从业禁止的立足点在于行为人利用自己职业的再犯可能性，规定更具针对性与全面性。例如，从业禁止不仅应禁止行为人本人从事特定职业，还应禁止其为他人、或者指示其从属人员为自己从事该职业。而行政法中的从业禁止面对某一行业的幕后“黑手”或普通参与者，则难免显得有些束手无策。例如根据之前提到的《公司法》相关规定，侵犯商业秘密的犯罪人只被禁止担任公司的董事、监事或者聘任高级管理人员，而没有禁止以一般管理人员或普通员工身份继续从事该行业。再如根据《网络出版服务管理规定》，网络出版服务单位违反本规定被处以吊销许可证行政处罚的，其法定代表人或者主要负责人自许可证被吊销之日起10年内不得担任网络出版服务单位的法定代表人或者主要负责人；同样也没有禁止其在幕后或以普通专业技术人员的身份实施网络侵犯著作权的行为。而一旦在刑法中对其适用从业禁止，就可以限制其以任何形式继续从事该行业——无论是负责人还是一般参与者，亦或是幕后指挥者。

第四，从适用程序上看，由于从业禁止系由人民法院依照司法程序予以决定的，具有较高的中立性、权威性与透明性，可以避免由行政主管部门适用资格罚时所可能存在的肆意性，且更能得到有效的监督。此外，被司法机关禁止从事特定职业者也更容易寻求救济的渠道。

二、适用从业禁止的基本原则

尽管从业禁止能够起到较好的特殊预防效果，但却对犯罪人重返社会造成了明显阻碍，有悖于改造犯罪人的初衷，只能被作为一种“被允许的恶害”。因此，如何协调惩罚犯罪与保障人权之间的平衡，将这种恶害的程度限制到最低，一直以来都是理论与实务界关注的焦点与关键问题。笔者认为，可以借鉴德国的适当性原则，将其作为包括从业禁止在内的保安处分正当化、合法化的依据，扮演罪责原则在刑罚适用中的重要角色。德国刑法学界的通说认为，只有当某一保安处分对于行为人而言是“适当的”抑或“合比例的”时，方可被法院判处——“如果它超出了行为人所实施的行为的意义，以及与可期待的行为和与由其造成的危险等级不相称的时候”，是不允许被规定或判处的。⁴而适当性原则主要由适用性、必要性与合比例性等三部分所组成。相应的，在侵犯知识产权犯罪中适用从业禁止也必须满足下列三大基本原则：

（一）适用性原则

适用性原则具体表现为：保安处分措施必须能够达到立法者设计这项制度的初衷——“监管具有持续危险的人”。至于所期待的结果在事后能否达成，则并非需要着重考量的因素。具体到从业禁止，则要求行为人必须具有利用自己职业再次从事犯罪的危险。如果行为人的危险程度很大，今后实施与职业相关犯罪的可能性也极高，对其判处从业禁止就满足适用性原则。以“范增科非法制造、销售非法制造的注册商标标识案”为例，法院在判决书中明确指出：“范增科于2011年因犯销售非法制造的注册商标标识罪被判处有期徒刑，本次犯罪依然涉及非法制造注册商标标识，前罪和后罪涉及的罪名表明范增科对非法印制、销售非法制造的注册商标标识犯罪链条相当熟悉，其从事此类犯罪具有一定的便利条件。为强化对其有效监管，以预防其再犯罪，决定对被告人范增科适用禁止令。”⁵

（二）必要性原则

必要性原则亦被称为从属性原则，具体表现为法官在适用保安处分措施时必须考虑以下因素：对行为人施加这一处分是否是必不可少的？是否不存在其他更加有效，或者更为轻缓的选择方案？⁶只有答案是肯定时方可决定适用。由于教化的效果因个案情况而有不同，痛改前非的人有之，一错再错的人亦不在少数，故对从业禁止而言，首先应当判断是否确有禁止行为人从事特定职业的必要性。根据刑法规定，判断标准体现为犯罪情况和预防再犯罪的需要这两方面。在分析犯罪情况时，应主要从该行为造成的损害结果、次数、频率、方式等角度出发对犯罪的严重性加以判断。⁷但是，犯罪行为的严重程度绝非适用从业禁止的正当化依据，其核心功能是为行为人今后可能实施的危害行为提供一个参考或指示作用。⁸行为人预期再次实施相关犯罪行为的可能性，以及对其进行特殊预防的必要性，才是判决从业禁止时所需要着重考虑的因素。因此，法官在考量行为人的犯罪情况时，最关键的是那些能够为行为人今后可能实施的危害行为提供判断资料的因素，如行为人是偶然为之还是持续为之，是无心之失还是明知故犯，是情境诱发还是蓄谋实施等等。⁹如在“胡晓春侵犯著作权案”中，被告人于自2013年年底至2015年3月的长时间内，一直在销售

⁴ 参见[德]罗克辛著，王世洲译：《德国犯罪学总论》（第1卷），法律出版社2005年版，第52页。

⁵ 参见（2016）豫01刑初49号刑事判决书。

⁶ Vgl. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 4. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2013, § 62, Rn.7.

⁷ Vgl. BGHSt 20, 233; BGH StV 1992, 571.

⁸ Vgl. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 4. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2013, § 62, Rn.10.

⁹ 参见刘夏：《德国保安处分制度中的适当性原则研究及启示》，《法商研究》2014年第2期。

侵权非法出版物，总数多达40152册，非法经营数额高达135万余元。¹⁰由此可见，被告人明知故犯，长期持续实施犯罪行为，并以此为自己的唯一职业，不难推断出其今后继续实施该行为的可能性较高，有必要在一定时间内禁止其从事出版物的经营活动。

其次，如果其他更为缓和的措施足已达到立法者所期望的效果，就不应判处从业禁止。例如，倘若行政法上的相关资格罚足以有效剥夺行为人的再犯能力，法官就没有必要对其适用从业禁止这一更为严格的措施。

（三）合比例性原则

所谓合比例性原则，系指具体的保安处分措施与法官希望达到的效果之间必须符合“手段——目的”之间的比例关系。¹¹法官在做出决定时，必须在全面掌握犯罪分子的犯罪原因、犯罪性质、犯罪手段、犯罪后的悔罪表现、个人一贯表现等情况的基础上，结合保安处分措施对行为人权利的侵害程度与时间长短等因素进行综合衡量，厘清保安处分与对公民个人权利不当侵害之间的界限，务必不能使其成为行为人过于沉重的负担。

以从业禁止为例，笔者认为：首先，从业禁止的期限应当符合比例原则，即预防行为人利用职业便利再次实施犯罪的必要性越大，期限就越长；反之亦然。

其次，对行为人被判处的刑罚种类或执行方式也应当有所限制。如果行为人被判处的刑罚很轻，却因此承受较长期限的从业禁止时，这一判决就是不合比例的。例如，行为人仅被判处单处附加刑、管制、拘役或短期有期徒刑，足以说明其犯罪情节轻微、危害不大；相应的，其再犯可能性与预防必要性也很难达到足以适用刑法第三十七条之一的程度。根据法律规定，侵犯知识产权罪均可判处三年以下有期徒刑、拘役或单处罚金，因此，我们应当将刑罚处于上述幅度的犯罪排除于刑法第三十七条之一的适用范围之外，以避免尚不严重的犯罪行为成为判处较为严重的保安处分措施的形式要件。此外，如果行为人被适用缓刑，就表明其已经满足了“没有再犯罪的危险”这一实质条件。倘若此时还要禁止其从事特定职业，无疑又表明法官认为具有预防再犯的需要，这岂不是自相矛盾吗？从文理解释的角度出发，从业禁止的起始时间为“刑罚执行完毕之日或者假释之日起”，而缓刑考验合格的法律效果是“原判刑罚不再执行”，二者存在明显差异。因此，无论从合比例性原则出发，还是根据条文的字面表述，只需对执行缓刑者适用禁止令即可，而无需在刑罚执行完毕后再予以限制。¹²

最后，适用从业禁止应当具有针对性，范围应局限于可能导致相关犯罪的职业活动范围，而不能随意扩张其界限，以免给行为人的自由造成额外障碍。如有必要，应当将“职业”进一步细化，限制解释为与犯罪具有最直接关系的“职业分支”或“子行业”。德国判例甚至指出，若是一名教师因授课时猥亵男孩而被法院判处禁止执业，则此措施禁止的只是他为男孩授课，而不能当然剥夺其作为女孩或者成年人教师的资格。¹³与之类似，倘若一位医生仅针对女性患者实施性侵犯的话，也不能以此为由禁止其对男性患者进行诊疗。¹⁴即使我们不需要像德国这么细化，至少也要对禁止从业的范围予以限定，尽量将其限制在与行为人关联最密切的领域。例如，行为人违反与某公司的保密协议，使用其所掌握技术信息，向其他多家公司销售其研发的管理信息系统，构成侵犯商业秘密罪的，法院可以根据这些公司所处的行业、保密协议的内容及软件性质，禁止其在一定时间内从事相关行业的企业信息系统的开发、销售及实施，而不应禁止其从事所有行业管理系统的研发。¹⁵再如，行为人未经商标所有人许可，生产、加工假冒“三全凌”牌黑芝麻汤圆，构成假冒注册商标罪的，法院也没有必要禁止其从事所有的食品加工、销售行业，只需禁止其从事汤圆食品的生产、加工、销售等经营活动就足够了。¹⁶

三、侵犯知识产权犯罪与职业关联性的认定

根据刑法规定，行为人适用从业禁止的前提条件是犯罪与职业之间的关联性，表现为利用职业便利实施犯罪，或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪。所谓利用职业便利，是指利用行为人职业所赋予的地位、资格、权利与方便条件，如董事管理、编辑出版、记者采访、律师辩护等。而违背职业要求的特定义务，则指违反某一职业根据法律、行业准则、职业道德或职业信誉而产生的、要求全体从业者所应尽的责任。这些义务的来源与种类繁多，具有鲜明的职业特点。例如，内幕信息知情人在内幕信息公开前负有保密义务，董事、监事、高级管理人员对公司具有忠实和勤勉义务，等等。在多数情况下，利用职业便利与违反职业义务是紧密交织、彼此重合的，没有必要进行明确区分。例如，公司的高级管理人员在管理公司过程中擅自披露其掌握的商业秘密的，既滥用了自己的职业之便，也违反了对公司的忠实义务。笔者认为，在对侵犯知识产权犯罪与职业关联性的认定中，应当重点注意以下问题：

（一）职业的概念与范围

¹⁰ 参见（2016）豫01刑初159号刑事判决书。

¹¹ Vgl. Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Auflage, München: C.H.Beck, 2010, § 62, Rn.2. BVerfG v. 20. 6. 1984 - 1 BvR 1494/78.

¹² 参见王彬：《我国限制有前科公民就业资格的立法例考察》，《法学》2009年第10期。

¹³ Vgl. BGH 2 StR 13/95.

¹⁴ Vgl. BGH 3 StR 454/02.

¹⁵ 参见《最高检发布2016年度检察机关保护知识产权十大典型案例》，http://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/201704/t20170425_188983_4.shtml，2017年7月9日访问。

¹⁶ 参见（2014）郑知刑初字第9号刑事判决书。

有学者认为，职业不同于行业——“在某一行业中又包含着不同的职业分工，而相同的职业也可能从事不同的行业。”¹⁷笔者认为，对职业应当作广义理解，不应将行业排除在外。尽管职业与行业确实存在一定差异，国外部分立法也将二者并称，¹⁸但无论行为人系利用自己特殊身份形成的有利条件，还是违背了规范该行业的法律制度，都将构成对自己工作便利的滥用或特定义务的违反；无论从事的是职业还是行业，行为人都都具有反复、继续从事该行为的可能性。因此，可以借鉴刑法中的“业务”概念，将职业理解为行为人基于社会地位，为维持社会生活而反复、继续从事的工作，符合社会分工的要求，是行为人谋生的重要手段。职业既包括全职职业，也包括兼职职业，既包括合法职业，也包括违法职业。只要满足这一性质，或者行为人有长期、反复从事的意思，即使行为人第一天从事该职业，也应认定为其职业。例如，行为人以销售牟利为目的，在自己生产的白酒上贴上“茅台”商标，即使尚未售出即被查获的，也属于从事白酒销售职业。¹⁹再如，行为人白天在公司上班，利用晚上的业余时间经营网店，销售侵权复制图书的，兼职经营亦属于其职业之一。

（二）行为与职业的内在关联

行为人实施的行为必须与职业要求、职业特征具有内在的密切关系，其在从事该职业时显著的不可靠与不安全性直接导致了危害结果的发生，而不能仅因为该职业为自己提供了实施犯罪行为的平台、便利与机会。²⁰德国有判例指出：行为人身为一名牙医，涉嫌多次诈骗被捕（其中有部分是他的病人）。但是，诈骗和牙医的职业规范与职业义务并无直接关联，牙医这一职业仅为其提供了实施诈骗犯罪的可能性——通过这该工作，行为人能够接触到被害人并与其建立联系；但即使其不具有这一身份，也完全可能在私下里实施诈骗行为。因此，不能单纯基于医生诈骗了病人这一理由而对其判处禁止执业。²¹当然，如果该行为与医生职业紧密相关，如妇科医生利用身体检查之机强制猥亵他人的、主治医师以是否认真诊疗为要挟，敲诈勒索患者财物的、医生利用给患者开处方的机会，强制销售假药、劣药等情形的，则可以满足犯罪的职业关联性要求。

我国也有类似案例，如在“李某、蔡某等销售假冒注册商标的商品案”中，被告人李某、蔡某夫妻二人在自己经营的台州市椒江区和平路²²-26号沙龙美容美发用品商行内，以每个人民币65元左右不等的价格购得假冒的philips理发器5000个，先后雇佣被告人鲍某和冯某、毛某，一起以每个人民币90元左右的价格在淘宝网上进行销售，直至同年9月25日被查，共获利125000余元。²²毫无疑问，本案中两名被告构成销售假冒注册商标的商品罪；但该行为是否与其所从事的理发行业有紧密关联？可能有人会认为，如果其未经营美容美发用户店，就不会销售假冒他人注册商标的理发器，从这个角度而言，侵权物品与其从事职业有内在关联。但与德国判例类似，两人实施侵犯注册商标专用权的行为是在淘宝网上销售商品，而非在美容美发店中销售商品。经营美容美发用品店充其量为其提供了接触侵权商品的渠道；即使其不从事该行业，也可以在网销售相关商品。故在本案中，其销售假冒注册商标商品的行为与经营美发店的行业之间不符合关联性的要求。法官不应禁止两名被告从事美容美发用品店的经营，而应禁止其在网从事相关物品经营。

（三）职业的真实性

行为人的职业必须真实，而不能是其谎称、冒充或主观臆造的。但需要注意的是，具有真实职业并不意味着行为人必须满足法律所要求的全部执业资格。如果除了是否满足必要的行政许可等形式要件外，行为人所客观从事的行为在本质、特征与外在表现上均与特定职业行为没有差别时，就应当被认为是其职业。因此，行为人虽未依法获得营业执照，却仍然长期生产、销售假冒他人注册商标的食品的，由于其在事实上从事了食品生产经营活动，也应认为利用了职业之便，可以被禁止从事相关食品的生产经营。与之相关，笔者经查阅判决书发现了一个有趣的现象，部分法官在判决书中会根据行为人的所从事的职业是否具有相关资质来阐述其身份——如果有相关资质，如具有营业执照却销售假冒他人注册商标的酒水，则身份是“个体户”等；如果无照销售侵犯知识产权商品的，身份就是“无业”。显然，这里的“无业”并不意味着行为人没有真实职业，更意味着不能对其适用从业禁止。

¹⁷ 陈焯：《从食品安全犯罪的视角看资格刑的完善》，《华北电力大学学报（社会科学版）》2013年第2期。

¹⁸ 如德国刑法第70条禁止执业的规定中，同时列举了职业(Berufs)与行业(Gewerbes)。

¹⁹ 参见（2014）遵市法知刑初字第1号刑事判决书。

²⁰ Vgl. BGH 2 StR 182/07.

²¹ Vgl. BGH, 2 StR 175/83.

²² 参见（2015）台椒刑初字第144号刑事判决书。

困境与出路：我国著作权犯罪实体性行刑衔接制度之思考

Дилемма и выход: основная связь между законом об авторском праве и уголовным правом Китая в части преступлений в области авторского права

Dilemma and Outlet: the Substantive Linking between Copyright Law and Criminal Law of China Copyright Crime

谷永超

(河南大学 知识产权学院/法学院, 河南 开封 475001)

pangdongmei71@163.com

Gu Yong-chao,

Юридический институт, Институт интеллектуальной собственности Хэнаньского университета, КНР

Gu Yong-chao,

Law School / Intellectual Property School,
Henan University, Kaifeng, Henan, China

© Gu Yong-chao, 2020

摘要: 当某种行政违法行为达到一定的社会危害程度而触犯刑法, 行政违法行为就向行政犯罪转变, 因此, 行政犯罪将行政违法与刑事违法联系起来, 使得二者的衔接成为必然。而行政违法案件若达到犯罪标准, 则当由行政执法机关移送至司法机关处理, 基于此, 行政执法与刑事司法的衔接在客观上成为可能。在著作权法领域, 《中华人民共和国著作权法》(简称《著作权法》) 与《中华人民共和国刑法》(简称《刑法》) 组成了我国著作权保护的 legal 体系, 但《著作权法》与《刑法》在客体、行为对象、客观方面及主观方面等方面存在实体性衔接缺失的问题, 需要通过扩展著作权犯罪的客体、扩充著作权犯罪的行为对象、拓展著作权犯罪规制的行为类型、取消主观方面的“营利目的”等对《著作权法》与《刑法》的实体性衔接进行建构。

关键词: 著作权犯罪 实体性 行刑衔接

Abstract. When the person's administrative illegal act reaches a certain degree of social harm and violates the criminal law, the change of the administrative illegal act to the administrative crime is appeared. Therefore, the administrative crime links the administrative illegality with the criminal illegality, as well as the administrative law and the criminal law, which makes the relation of these two factors more and more closely. However, if the administrative illegal cases achieve the standard of crime, it should be transferred from the administrative law enforcement organs to the judicial organs. To be based on this, the connection of the administrative law enforcement and criminal justice become possible.

In the field of copyright law, the copyright law and the criminal law constitute the legal protection system of copyright. Although Article 48 of the copyright law provides a legal basis for substantive linking between copyright law and criminal law, but there are some problems between them. More concretely, it mainly includes the following four aspects: First, on the criminal object aspect, there is a lack of cohesion between the copyright law and the criminal law. The copyright law protects both moral rights and property rights. However, the criminal law mainly protects property rights and a few moral rights. For example, the criminal law only protects the authorship right of artistic works. Thus, the scope of the object protected by the criminal law is much smaller than that of the copyright law.

Then, on the objects of criminal behavior aspect, there is a lack of cohesion between the copyright law and the criminal law, too. The copyright law protects all works of literature, art and natural sciences, social sciences, engineering technology, etc. However, the object of the copyright crime is limited to literary works, music, movies, television, video works, computer software and other works. At the same time, the criminal law stipulates different objects according to the different ways of copyright infringement. Obviously, the types of works protected by the criminal law are far less than those protected by the copyright law.

Next, the linking between copyright law and criminal law is imperfect on the objective aspect of crime. Article 48 of the copyright law stipulates eight specific copyright infringements, but the criminal law only criminalizes four of them. This makes the majority of copyright infringements stipulated in the

copyright law not guaranteed by the criminal law. Consequently, the protection of the copyright law by the criminal law becomes impossible.

Finally, there are inconsistencies between the provisions of the criminal law and the copyright law on the subjective aspects about copyright infringement. The criminal law stipulates that the subjective aspect of the copyright crime is intentional, and the perpetrator should have profit-making purposes. Therefore, the perpetrator has profit-making purpose is the main point to judge whether the copyright infringement constitutes the copyright crime. On the contrary, no matter the copyright infringement of stipulated in Article 46 or Article 47 in the copyright law, there is no need for the perpetrator to have a subjective profit-making purpose. As a result, many serious copyright infringement stipulated in the copyright law should constitute crimes, but there is no corresponding provision in criminal law, which ultimately leads to these copyright infringements escape the punishment of criminal law.

In order to improve and perfect the mechanism linking criminal justice and administrative enforcement in copyright, it is firstly necessary for us to expand the scope of the copyright crime object. Although the objects protected by the criminal law and the copyright law are all copyright, the scope of the objects protected by the two laws doesn't completely coincide. Specifically, the object scope of the criminal law on the protection of copyright crime is much smaller than that of the administrative law on the protection of copyright infringement. It is bad for the construction of the legal protection system of copyright. So we should to revise the relevant provisions of the criminal law with reference to the provisions of the copyright law, to integrate all the personal rights of works other than the right of signature of artistic work into the scope of protection of the criminal law.

Secondly, to extend the scope of the copyright criminal behavior objects. As the object of copyright crime stipulated in the criminal law only screens out some types of works stipulated in the copyright law, a serious copyright infringement often occurs in the judicial practice of copyright legal protection, which can't be regulated because it infringes on the object of action not protected by the criminal law. Therefore, it is necessary to take the provisions of the copyright law as the standard, bring the works stipulated in the copyright law into the scope of protection of the criminal law, so as to prevent copyright infringement which seriously endangers the society from occurring in the field of copyright protection, but the criminal law can't regulate it.

Thirdly, to expand the behavior types of copyright crime regulation. As a serious copyright infringement, the provisions of copyright crime in the criminal law don't link up with the general copyright infringement, resulting in eight kinds of copyright infringement stipulated in the copyright law because of the lack of corresponding provisions in the criminal law, some infringements aren't regulated by the criminal law. Consequently, it affects the effect of law application and the full protection of copyright. So we should incorporate all the eight kinds of copyright infringement listed in Article 48 of the copyright law into the regulation of the criminal law.

Finally, to abolish the "profit-making purpose" of the subjective aspect in the copyright crime. The copyright crime is an administrative offence, which determines that the nature of copyright infringement should be judged by the copyright law firstly, since the copyright law stipulates that the establishment of copyright infringement doesn't require the perpetrator to have a "profit-making purpose", it is reasonable to abolish the definition of "profit-making purpose" for the copyright crime based on the theory of administrative crime and the determination of the copyright law.

Keywords: Copyright crimes; Substantive; Linking of copyright law and criminal law.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.044-048

在鼓励科技创新的今天，世界各国都非常重视著作权的法律保护。我国为了加强著作权的法律保护，组建成《著作权法》与《刑法》为主体的著作权保护法律网络。其中《刑法》作为其他法律的保障法，在著作权法律保护中发挥着不可替代的作用。遗憾的是，《著作权法》与《刑法》的条文规定在著作权保护领域存在实体性行刑衔接^[1]缺失，由此导致著作权犯罪行刑衔接存在不畅。审视现有相关研究成果，针对著作权犯罪的研究或集中于著作权犯罪的本质及构成要件的阐释，^[2]或集中于网络环境下著作权刑法保护的探讨，^[3]或集中于著作权犯罪司法认定中的疑难问题探究。^[4]鲜有人从《著作权法》与《刑法》的实体性衔接视角研究著作权犯罪，即使有也是仅仅论述著作权保护中行政不法与刑事不法应当如何界定，^[5]对二法^[6]的实体性衔接并未作深层次研究。基于此，本文拟对著作权保护行刑衔接制度的建构进行研究，希冀助益于司法实践。

一、《著作权法》与《刑法》实体性行刑衔接的必要性

《著作权法》与《刑法》实体性衔接不畅引发出“以罚代刑”的问题，即将本应追究刑事责任的案件代以行政处罚。显而易见，“以罚代刑”不足以规制严重的著作权侵权行为。为了消除“以罚代刑”现象，更好的保护著作权，构建二法的实体性行刑衔接制度就成为当务之急。

（一）《著作权法》与《刑法》具有相通的调整对象

著作权犯罪属于行政犯，它存在着行政违法性与刑事违法性的重叠与交叉。^[7]因此，规制著作权侵权行为的行政法规范与刑法规范同是我国保护著作权法律体系的组成部分。行政犯违法性的重叠与交叉属性决定了规制著作权侵权行为的行政法规范与刑法规范具有相通的调整对象，即都是侵犯著作权的违法行为；同时也决定了二者在调整对象上存在差异，具体来说，行政法规范规制的是普通著作权侵权行为，刑法规范规制的是严重著作权侵权行为。但该差异并无质的不同，只是量上的差异，仅反映侵权行为社会危害性程度的不同。正是基于二法调整对象的相通性，二法在规制目的、规制手段等方面应当合理衔接。唯有如此，才能有效预防侵犯著作权犯罪行为的发生。

（二）行政法规范是规制著作权犯罪的刑法规范的前提

刑法犹如一把双刃剑，如用之不当，国家与个人两受其害。^[8]所以，应当限制刑法的适用范围，当其他手段能够有效规制违法行为时，应当放弃刑法的适用，使刑法成为保护权利的最后手段。换言之，只有当其他法律不能有效规制违法行为时，刑法才介入规制；只有当其他法律不能充分保护某种权利时，刑法才介入保护。^[9]由此可知，著作权侵权行为应当首先由行政法规范来规制，只有当该著作权侵权行为足够严重，行政法规范已难以规制，不能充分保护权利人的著作权时，刑法规范才应介入规制。因此，刑法规范所规制的著作权犯罪行为必然首先是违反行政法规范的行为。从这个意义上说，著作权行政法规范是规制著作权犯罪的刑法规范的前提。

（三）规制著作权犯罪的刑法规范是《著作权法》贯彻实施的保障

刑法是其他法律的保障法，亦即其他法律调整的对象和保护的法益，都有赖于刑法的保护。换言之，《刑法》如果没有规定著作权犯罪，行政法规范关于著作权侵权行为的规定就难以得到有效的贯彻实施。从《著作权法》视角进行考察，我国《著作权法》第48条列举了8种著作权侵权行为，并规定构成犯罪的，依法追究刑事责任，从形式上实现了其与《刑法》的衔接以及《刑法》对其贯彻实施的保障。遗憾的是，《著作权法》采用的是笼统地规定方法，没有明确规定哪一种侵权行为可以构成侵犯著作权罪。与《刑法》第217条比较可知，《著作权法》第48条列举的8种行为，仅第2项“出版他人享有专有出版权的图书”与《刑法》第271条的规定完全相同，其余7项皆与《刑法》规定不同或者根本没有规定在《刑法》中，由此造成司法工作人员不能在《刑法》中找到与《著作权法》相衔接的罪刑规范，最终导致《著作权法》规定变为一纸空文，严重影响法律的适用效果。

二、我国著作权犯罪实体性行刑衔接的缺失

尽管《著作权法》第48条为著作权法律保护的实体性行刑衔接提供了法律依据，但该法与《刑法》的衔接效果却难以令人满意，其与《刑法》的衔接缺失依然存在，具体表现在以下四个方面。

（一）在客体方面，行政法规范与刑法规范存在衔接缺失。侵犯著作权罪侵犯的客体是他人的著作权，《著作权法》则规定：“为保护文学、艺术和科学作品作者的著作权，根据宪法制定本法。”显而易见，我国行政法规范和刑法规范规制著作权侵权行为的目的完全相同，都是为了保护他人的著作权。根据我国《著作权法》第10条规定，著作权包括著作人身权和著作财产权。《著作权法》主张对上述权利予以全面保护。而我国《刑法》主要保护著作财产权，对著作人身权保护的较小，仅仅保护了美术作品的署名权。^[10]由此可见，我国《刑法》中侵犯著作权罪保护客体的范围要远小于《著作权法》保护客体的范围，《刑法》与《著作权法》在客体保护方面存在衔接缺失。

（二）在行为对象方面，行政法规范与刑法规范存在衔接缺失。我国《著作权法》第2条明确规定了著作权法的保护对象是作品，并于第3条对“作品”进行界定：“本法所称的作品，包括以下列形式创作的文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等作品”，同时对作品的18种类型进行列举式规定，并辅以“法律、行政法规规定的其他作品”的规定，避免挂一漏万。但是，根据《刑法》第217条关于侵犯著作权罪的规定可知，侵犯著作权罪的犯罪对象仅局限于文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品等，同时，《刑法》根据著作权侵权行为方式的不同规定了不同的对象，如出版发行行为的对象只能是他人享有专有出版权的图书。^[11]显而易见，《刑法》所保护作品的种类远少于《著作权法》保护的种类，即侵犯著作权罪对象的范围较之于《著作权法》相对狭窄。

（三）在客观方面，行政法规范与刑法规范存在衔接缺失。我国《著作权法》第48条规定了8项具体的著作权侵权行为，并规定根据侵权行为的情况，著作权行政管理部门可以对行为人给予罚款、没收等行政处罚，造成损失的应赔偿损失；构成犯罪的，依法追究刑事责任。考察我国《刑法》第217条可知，《著作权法》第47条第二项在《刑法》第217条中得到完全体现；第一项、第四项、第八项与《刑法》第217条的规定存在交叉，如《著作权法》第47条第一项规制的是对作品“复制发行、表演、放映、广播、汇编、通过信息网络向公众传播”的七种行为，《刑法》第217条规制对作品“复制、发行”的两种行为；其余四项在《刑法》第217条中则根本没有体现。这使得《著作权法》规定的多数著作权侵权行为得不到《刑法》的保障。由此导致刑法对《著作权法》的保障停留于理论层面，《著作权法》规定的“构成犯罪的，依法追究刑事责任”变为一纸空文。这种不协调问题，有待于《刑法》的修改予以解决。

（四）在主观方面，行政法规范与刑法规范存在衔接缺失。我国《刑法》规定侵犯著作权罪的主观方面是故意，且行为人需具有营利目的。因此，行为人是否具有营利目的是认定著作权侵权行为是否构成侵犯著作权罪的标志。《刑法》之所以将“营利目的”规定为侵犯著作权罪的构成要件，是因为大多数严

重的著作权侵权行为都是在营利目的支配下实施的。反观我国《著作权法》，无论第46条还是第47条规定的著作权侵权行为，均无需行为人主观上具有营利目的。从形式上看，《著作权法》保护的著作权范围要显著大于《刑法》的保护范围。事实上，很多不具有“营利目的”的著作权侵权行为与具有“营利目的”的著作权侵权行为相比，具有相同甚至更严重的社会危害性。由此可知，《刑法》和《著作权法》关于著作权侵权行为主观方面规定的差异，使得《著作权法》规定的诸多严重著作权侵权行为本应构成犯罪却由于在《刑法》中找不到对应的罪刑规范，最终导致《著作权法》中“构成犯罪，依法追究刑事责任”的规定形同虚设。

三、我国著作权犯罪实体性行刑衔接路径之建构

基于我国著作权保护领域二法之间存在衔接缺失，有必要结合我国著作权法律保护的执法实践与司法实践，并在遵循罪刑法定原则的前提下，从《著作权法》与《刑法》衔接的视角对著作权犯罪的规定予以调整，以达到有效规制著作权犯罪的目的。

（一）适度扩展著作权犯罪客体的范围

尽管《刑法》与《著作权法》所保护的客体均为著作权，但二法所保护的客体在范围上并未完全重合。如前文所述，我国《刑法》关于著作权犯罪保护的客体范围要远小于我国行政法关于著作权侵权行为保护的客体范围。详言之，《刑法》重点保护著作财产权，仅仅保护美术作品署名权这一项著作人身权，由此导致侵犯著作权罪的客体保护具有很大局限性，一方面《刑法》在全面保护著作财产权的同时仅保护个别的著作人身权，这不仅在一定程度上贬低了著作人身权的法律地位，人为的给著作人身权和著作财产权划分出等级，也制约了《刑法》作为《著作权法》保障法的功能的发挥；另一方面，《刑法》在客体保护范围上与《著作权法》的衔接缺失也不利于著作权法律保护体系的构建。基于两方面的原因，有必要参照《著作权法》的规定对《刑法》的相关条文进行一定的修改，将美术作品署名权之外的其他著作人身权全部纳入《刑法》保护范围，以彰显《刑法》对著作人身权保护的全面性，实现当前治理著作权犯罪的现实需要。

（二）拓展著作权犯罪行为对象的范围

如前文所述，我国受到《刑法》保护的作品类型与《著作权法》相比，范围过于狭窄。我国《刑法》规定的著作权犯罪的行为对象仅筛选了《著作权法》所规定的部分作品类型，这种选择性立法模式的初衷可能在于立法者希冀将有限的司法资源用于保护更重要的、更容易受到侵犯的作品上。但如此一来，在著作权法律保护的司法实践中常常会出现某一严重的著作权侵权行为由于侵犯了《刑法》所不予保护的行为对象而无法予以规制，从而使得《刑法》的保障法地位形同虚设。基于此，有必要以《著作权法》的规定为标准，拓展著作权犯罪行为对象的范围，将《著作权法》规定的作品均纳入《刑法》的保护范围，从而实现《刑法》对著作权犯罪行为对象的规制与行政法对于一般的著作权侵权行为的规制的衔接，以防止著作权保护领域出现一些严重危害社会的著作权侵权行为《刑法》无法予以规制的窘况，也避免出现社会危害程度相当的著作权侵权行为但却不予同质处罚，而只能对其予以行政处罚的现象。此外，随着科技的飞速发展，不同类型作品之间的区分界限也越来越模糊，如舞蹈作品《千手观音》作为舞蹈作品能否纳入音乐作品范畴在理论上尚存争议。事实表明，《刑法》仅保护部分作品不仅使其他作品得不到平等保护，甚至可能使《刑法》所保护的部分作品得不到很好的保护。因此，《刑法》应当将《著作权法》保护的作品全部纳入保护范围。

（三）扩充著作权犯罪规制的行为类型

我国《著作权法》第48条列举了著作权侵权行为的8种可以构成著作权犯罪的情形，然而这样的规定方式更像是一种宣示性规定，在适用上存在一定的瑕疵：一是作为严重著作权侵权行为的著作权犯罪在《刑法》中的规定缺少与一般著作权侵权行为的衔接，导致《著作权法》规定的著作权侵权行为虽然达到8种，却由于《刑法》无相应条款使得部分侵权行为没有刑法规范规制，最终造成《著作权法》的严肃规定成为摆设，由此引发出“以罚代刑”的问题，影响法律适用的效果及对著作权的充分保护。因而有必要实现《刑法》对著作权犯罪的规制与《著作权法》对著作权侵权行为规制的合理衔接，以填补著作权保护领域具有严重社会危害性的行政违法行为没有刑法规制的缺陷。据此，为实现《著作权法》与《刑法》的有效衔接，进一步严密著作权的法律保护体系，有必要通过增设著作权犯罪新罪名或者扩充侵犯著作权罪客观方面的方式将《著作权法》第48条所列举的8种情形全部纳入《刑法》的规制，丰富侵犯著作权罪的危害行为类型，进一步严密刑事法网，从而实现二法在规制的行为类型上实现合理衔接。

（四）取消侵犯著作权罪主观方面的“营利目的”

侵犯著作权罪是行政犯，具有行政违法性与刑事违法性的双重属性，这一特征决定了判断著作权侵权行为是否构成犯罪应当分两个层次进行，首先，由《著作权法》判断该著作权侵权行为是否违法，如果该著作权侵权行为违反了《著作权法》的规定，再由《刑法》评价该侵权行为是否构成侵犯著作权罪；反之，如果该著作权侵权行为没有违反《著作权法》的规定，那么《刑法》对该行为根本就无需评价。换言之，著作权侵权行为质的界定首先应当由《著作权法》判断，否则犯罪问题根本无从谈起。^[12]既然《著作权法》规定著作权侵权行为的成立无需行为人主观上具有“营利目的”，其认定的著作权侵权行为范围已显著宽于《刑法》，因此从行政犯理论出发，以《著作权法》认定为前提的侵犯著作权罪理当取消“营利目的”的限定。此外，考察域外刑事立法经验，美国、日本、意大利等绝大多数国家都未将“营利目的”规定为侵犯著作权罪的主观要件，行为人主观方面只要具有故意即可。因此取消行为人主观方面需要具有“营利目的”的限制势在必行。唯有如此，才能实现二法的合理衔接，解决不当缩小著作权刑法保护的范围，同时也有益于我国著作权的刑法保护与国际通行做法接轨。

注释:

- [1] 本文的实体性行刑衔接是与程序性行刑衔接相对应的一个概念，具体是指刑法与行政法在对著作权保护领域的违法犯罪行为的规制方面，在法律文本上的相互衔接。该衔接旨在通过设置刑法和行政法关于著作权保护违法犯罪行为的违法内容，实现刑法与行政法在著作权保护领域的相互衔接
- [2] 马勇，梁木生. 再论侵犯著作权罪中营利目的要件的存废改——基于实践整体性的视角[J]，中国出版，2017(13)
- [3] 阴建峰,张勇. 挑战与应对:网络知识产权犯罪对传统刑法的影响[J]，法学杂志，2009(07)
- [4] 王廷婷. 我国近五年著作权犯罪与司法实证研究[J]，中国出版，2017(2)
- [5] 朱敏敏;舒彧. 著作权保护中行政不法与刑事不法的界定问题[J]，科技与出版，2017(6)
- [6] 本文的二法是指《著作权法》和《刑法》
- [7] 孙国祥. 行政犯违法性判断的从属性和独立性研究[J]，法学家，2017(1): 48
- [8] 林山田. 刑罚学[M]，台北：商务印书馆，1985：127
- [9] 张明楷. 刑法学[M]，北京：法律出版社，2016：20-21
- [10] 高铭暄、马克昌. 刑法学[M]，北京：北京大学出版社、高等教育出版社，2017：442
- [11] 杨洪. 著作权的刑法保护[N]，光明日报，2017-02-08，07版
- [12] 裴显鼎. 刑法应当取消著作权犯罪的“营利目的”要件[J]，深圳大学学报（人文社会科学版），2006(5)

论中国知识产权惩罚性赔偿的全面引入与立法建构

О комплексном внедрении и построении законодательства о системе ответственности за нарушение права интеллектуальной собственности в Китае

On the Comprehensive Introduction and the Construction of Legislation of Punitive Compensation system for Intellectual Property Rights in China

岳红强¹

河南大学法学院 / 知识产权学院副教授，法学博士。

pangdongmei71@163.com

Юэ Хунцян,

доцент

Юридического института, Института интеллектуальной собственности Хэнаньского университета, КНР

Yue Hong-qiang,

Associate professor of law School/Intellectual Property School, Henan University, S.J.D.

© Юэ Хунцян, 2020

内容提要：在中国全面贯彻实施《国家知识产权战略纲要》的背景下，正在编纂的《民法典侵权责任编（草案二次审议稿）》第961条将惩罚性赔偿全面引入知识产权侵权领域，促使知识产权惩罚性赔偿制度成为知识产权损害赔偿制度中的一个新课题。惩罚性赔偿具有惩戒、预防和赔偿三大功能。追求公平正义、不能从违法行为中获益、弥补公法治理和补偿性赔偿的制度缺陷构成了知识产权领域全面引入惩罚性赔偿制度的正当性基础。中国亟待在整个知识产权领域全面引入惩罚性赔偿制度，司法实践中正确处理好惩罚性赔偿与补偿性赔偿之关系，从主观和客观两个方面严格限定惩罚性赔偿的适用条件，科学合理确定惩罚性赔偿金的计算标准，在充分发挥其功能的同时防止其在知识产权领域的泛用。

关键词：惩罚性赔偿；知识产权；恶意侵权；补偿性赔偿；法定赔偿金

Abstract. The punitive compensation system was first introduced by Consumer Rights and Interests Protection Law of China in the 1990s, and has since been established in a number of legislations, such as the Product Quality Law, the Food Safety Law, the Tort Liability Law, and so on, which has played a role in punishing and curbing the existence of a large number of fraudulent consumers and malicious infringements in society. Against the background of China's full implementation of the Outline of the National Intellectual Property Strategy, Article 63 of the Trademark Law, which was revised in 2013, for the first time introduced punitive damages in the field of intellectual property rights, and pioneered the system of punitive compensation in the field of intellectual property rights in China. Subsequently, the Article 76 of China's Copyright Law (Amendment Draft for Review) in 2014 and the Article 65 of China's Draft Amendments to the Patent Law (Draft for Comments) in 2015 both plan to introduce punitive damages. At present, Article 961 of the Civil Code Tort Liability (Draft Second Review Draft) is being compiled to introduce punitive damages into the field of intellectual property infringement, and to make the system of punitive compensation for intellectual property rights a new subject in the system of compensation for intellectual property damages.

The punitive compensation system has three functions: punishment, prevention and compensation. Among them, the function of punishment is the primary function of punitive compensation, the preventive function is the core function of punitive compensation, and the function of compensation is the basic function of punitive compensation. The achievement of fairness and justice through private law is the philosophical basis for the introduction of punitive compensation of intellectual property rights. Reducing the cost of defending rights, raising the cost of infringement, and not benefiting from illegal acts has laid the economic foundation for the introduction of punitive compensation for intellectual property rights. Only by introducing punitive compensation in the field of intellectual property

¹ 岳红强：河南大学环境与民商法研究所研究员。本文系河南省哲学社会科学规划项目（2016BFX008）、河南省高等学校青年骨干教师培养计划项目（2017GGJS027）的阶段性研究成果。

can we make up for the difficulties of public law governance and the relief defects of compensatory compensation system, and become an effective way to crack the recurrence of malicious infringement of intellectual property rights.

With the rapid development of the socialist market economy with Chinese characteristics and the in-depth promotion of the "Belt and Road" strategy, it has become the general consensus of all sectors of society and all countries in the world to increase the illegal cost of intellectual property rights and strengthen the legal protection of intellectual property rights. The construction of China's intellectual property punitive compensation system should be based on Article 961 of the People's Civil Code of the People's Republic of China, and supplemented by the relevant punitive compensation provisions of the Trademark Law, the Copyright Law and the Patent Law, and supplemented by special provisions of other intellectual property rights. In judicial practice, the relationship between punitive compensation and compensatory compensation should be properly handled, and the applicable conditions of punitive compensation should be strictly qualified from the subjective "intentional" and objective "circumstances, scale, damage results and other factors.

The calculation base of punitive damages for intellectual property rights in China shall include the actual loss of the victim, the benefit obtained by the infringer, the license fee for knowledge products, and the amount of discretionary compensation. In order to increase the illegal cost of the infringer, the victim can be given the right to choose the compensation base, the victim can choose from the actual loss, the infringer's benefit, knowledge product license fee to choose the calculation base which is conducive to obtaining more compensation. Regarding the calculation ratio of punitive compensation, it is appropriate to refer to the calculation standard of punitive damages abroad, and the judge should make a discretion arying comprehensive judgment according to the subjective and objective factors of the tort. Punitive damages is a "double-edged sword" and should be alert to its abuse and general use in the field of intellectual property rights.

Keywords: Punitive Compensation; Intellectual Property Rights; Malicious Infringement; Compensatory Damages; Statutory Damages.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.049-056

在中国，加大对侵犯知识产权的打击和惩戒，强化知识产权保护力度已成为知识产权理论界和实务界的广泛共识。中国《商标法》2013年首次引入惩罚性赔偿，开创中国知识产权领域惩罚性赔偿制度之先河，意义重大。另外，《著作权法》和《专利法》最新修订草案中均计划引入惩罚性赔偿。更值得关注的是，中国《民法典侵权责任编（草案二次审议稿）》第961条将惩罚性赔偿全面引入知识产权侵权中。因此，知识产权全面引入惩罚性赔偿已成为知识产权损害赔偿制度中的一个新课题。司法实践中，由于知识产权侵权行为隐蔽性较强，权利人举证能力有限，较难获得有力的证据，加之法院大多采用法定赔偿方式，导致维权成本高、审理周期长、举证难度大、赔偿额度低成为长期以来制约知识产权司法保护的四大瓶颈。现实中，由于知识产权具有客体无形性、非竞争性、非消耗性、地域性、易逝性以及市场关联性特征²，知识产权侵权行为造成的主要是一种无形损失，实践中难以准确计算出实际损失，³无法像传统侵权救济那样形成“损失多少，赔偿多少”的补偿救济机制，更无法对恶意侵权人进行有效的制裁与惩戒，不利于知识产权的充分保护和激励创新。知识产权侵权在实践中大多表现为主观故意形态，加之违法成本低，维权成本高，即使公法上的制裁也无法对侵权行为治理形成全面覆盖，补偿性赔偿弱化了知识产权民法保护的实效性，催生了知识产权侵权蔓延式增长，严重破坏了知识经济的良性发展。因而，在知识产权侵权领域全面引入惩罚性赔偿，不仅能够有效弥补权利人的损失，也在一定程度上积极对恶意侵权人实施惩戒，将有效遏制侵权行为的大规模发生。

一、中国知识产权惩罚性赔偿制度的立法现状

《牛津法律大辞典》将惩罚性赔偿 (punitive damage) 定义为一种判定的损害赔偿金，它不仅是对原告人的补偿，而且也是对故意加害人的惩罚。⁴惩罚性赔偿起源于1763年英国法官卡姆登勋爵在Huckle v.

² 参见盘和林：《以“惩罚性赔偿”突破知识产权司法保护瓶颈》，《人民法院报》，2016年4月30日第002版。

³ 知识产权损失难以计算的原因主要有三个方面：一是实际损失的数额难以计算或计算成本过高。如著作权、商标权等知识产权被侵害后，损失的边界是难以确定的，如果要准确界定，必须经过相关机构的鉴定，鉴定成本经常是高昂的；二是损失与侵权行为之间的因果关系难以证明，采用何种因果关系理论更能维护公平正义有待深入论证；三是由于侵权行为有时是长期存在的，导致损失的计算也是不确定的，即使侵权行为被终止后，损害仍然继续存在。这也是司法实践中法院经常采用法定赔偿的主要原因。参见盘和林：《以“惩罚性赔偿”突破知识产权司法保护瓶颈》，《人民法院报》，2016年4月30日第002版。

⁴ 参见[英]戴维·M·沃克：《牛津法律大辞典》，北京社会与科技发展研究所译，光明日报出版社，1988年版，第112页。

Money一案中的判决。⁵惩罚性赔偿制度于20世纪90年代被中国《消费者权益保护法》首次引入以来,后在《产品质量法》、《食品安全法》、《侵权责任法》等多个立法中得到确立,对社会上大量存在的欺诈消费者、恶意侵权行为,起到了惩罚和遏制作用。⁶中国2013年8月第三次修订的《商标法》第63条第1款规定:“侵犯商标专用权的赔偿数额,按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定;实际损失难以确定的,可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定;权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的,参照该商标许可使用费的倍数合理确定。对恶意侵犯商标专用权,情节严重的,可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。”该条规定意味着中国知识产权立法首次引入惩罚性赔偿,对强化知识产权法律保护具有里程碑式的意义。同时,其第3款规定:“权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定,由人民法院根据侵权行为的情节判决给予三百万元以下的赔偿。”

为了进一步净化营商环境,推动中国知识产权高质量发展,2019年4月第四次修订的《商标法》第63条将法定赔偿额上限提升至500万,并将惩罚性赔偿额提升至最高5倍,为司法实践更大程度上剥夺侵权人的非法获益,加大商标专用权人的合法权益的保护提供法律依据。同时,该条增加第4款和第5款规定,“人民法院审理商标纠纷案件,应权利人请求,对属于假冒注册商标的商品,除特殊情况外,责令销毁;对主要用于制造假冒注册商标的商品的材料、工具,责令销毁,且不予补偿;或者在特殊情况下,责令禁止前述材料、工具进入商业渠道,且不予补偿。假冒注册商标的商品不得在仅去除假冒注册商标后进入商业渠道。”这一规定加大了侵权人的违法成本,强化了商标法律制度的“威慑”功能。

2014年,中国国务院法制办公布的《著作权法(修订草案送审稿)》第76条规定,两次以上故意侵犯著作权或者相关权的,人民法院可以根据前款计算的赔偿数额的二至三倍确定赔偿数额。2015年中国国家知识产权局公布的《专利法修改草案(征求意见稿)》第65条规定,对于故意侵犯专利权的行为,人民法院可以根据侵权行为的情节、规模、损害后果等因素,将根据前两款所确定的赔偿数额提高至二到三倍。虽然上述草案中关于惩罚性赔偿的规定还未得到立法上的最终确认,但可以预见未来著作权法和专利法的修订,惩罚性赔偿的引入是必然趋势。值得注意的是,《商标法》中惩罚性赔偿数额是依照实际损失、所获利益、许可使用费的倍数三种计算方法确定数额的一倍至三倍,其包含在法定赔偿之中。但《著作权法(修订草案)》和《专利法(修改草案)》的惩罚性赔偿数额是以实际损失、所获利益、许可使用费的倍数和法定赔偿四种计算方法确定数额的二至三倍确定,其惩罚性赔偿是独立于法定赔偿之外的。

二、知识产权惩罚性赔偿制度的功能定位

知识产权惩罚性赔偿制度来源于民事侵权上的惩罚性赔偿制度,也是侵权法惩罚性赔偿制度在知识产权法律保护领域的拓展和延伸。知识产权惩罚性赔偿制度的功能反映了该制度的价值追求,体现了对知识产权创造、运用、管理和保护的独特作用。可见,充分认识知识产权惩罚性赔偿制度的功能是合理构建知识产权惩罚性赔偿制度的前提和基础。⁷笔者认为,知识产权惩罚性赔偿制度主要包括惩戒、预防、赔偿三大功能。

(一) 惩戒功能

惩戒功能,又称为惩罚功能,它是惩罚性赔偿的首要功能。《美国侵权法重述》认为,惩罚性赔偿是指不同于补偿性损害赔偿和象征性损害赔偿的损害赔偿,是为惩罚被告人邪恶行为以及防止其本人和其他人再发生类似行为判决其承担的赔偿金。其价值定位在“惩罚”二字,即其功能的特殊性。一般情况下,单纯的过失不能导致惩罚性赔偿。⁸在传统大陆法系民法理论中,民事侵权责任不具有惩罚功能,损害赔偿金额的确定不能依据过错的程度或加害人获得的利润等因素有所变化。⁹随着现代社会的发展,侵权法的功能也在多元化发展,其惩罚功能得到了大多英美法系国家的肯认。¹⁰正如王利明教授认为,“侵权法在发挥对受害人进行补偿功能的同时,也在一定程度上具有制裁不法行为人的作用,尽管这种作用与补偿功能不可同日而语,但是,完全抹煞侵权法的制裁功能也是不妥当的。”¹¹惩罚性赔偿虽然同补偿性赔偿一样都具有赔偿功能,但其更重要的价值目标在于对恶意侵权行为的惩戒,“明显使受害人的实际损害与赔偿不成比例,其唯一的目的在于通过民事赔偿制裁违法者。”¹²知识产权恶意侵权中,惩罚性赔偿不仅能够给予受害人充分救济,更在于通过加重其赔偿责任防止类似恶意侵权行为的重复实施。

(二) 预防功能

预防功能是惩罚性赔偿的核心功能。“损害的预防胜于损害补偿。”¹³任何法律责任都具有预防功能,侵权法也不例外。预防因含有防止、阻止某种现象发生之意,故在侵权法领域预防和遏制功能是相通的。

⁵ 参见王利明:《惩罚性赔偿研究》,《中国社会科学》,2000年第4期。

⁶ 参见杜甲华、崔畅:《论惩罚性赔偿在知识产权损害赔偿责任中的适用》,《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》,2016年第5期。

⁷ 参见朱丹:《知识产权惩罚性赔偿制度研究》,法律出版社,2016年版,第102页。

⁸ 参见薛波:《元照英美法词典》,法律出版社,2003年版,第120页。

⁹ 参见[德]U. 马格努斯主编:《侵权法的统一:损害与损害赔偿》,谢鸿飞译,法律出版社,2009年版,第115页。

¹⁰ 参见[德]U. 马格努斯主编:《侵权法的统一:损害与损害赔偿》,谢鸿飞译,法律出版社,2009年版,第269页。

¹¹ 参见王利明:《侵权行为法研究(上卷)》,中国人民大学出版社,2004年版,第91-92页。

¹² 欧洲侵权法小组:《欧洲侵权法原则:文本与评注》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社,2009年版,第208页。

¹³ 王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社,2009年版,第10页。

预防是确认一个样板，能够使他人从该样板中吸取教训而不再从事此行为。¹⁴有的学者认为，预防功能可以分为特殊预防和一般预防。¹⁵惩罚性赔偿通过其功能的发挥实现预防恶意侵权的发生，实现预防效率最优化。马克思曾言：“对于法律来说，除了我的行为之外，我是根本不存在的。”¹⁶法律最终指向的是人的行为，他通过一定的行为模式预测、控制、影响行为人的行为，包括对人的行为动机的激发和对人的行为动机的抑制。这种影响如果用激励一词来表达，即法律激励，就是作为行为规范和体现正义精神的法律对符合立法意志行为的驱动以及对违背立法意志的抑制。当法律体现出认同、肯定的鼓励特质，旨在激发合法动机，乃法律的正激励；当法律体现出禁止、否定的惩罚特质、旨在威慑和遏止不法行为，乃法律的反激励。¹⁷知识产权引入惩罚性赔偿的直接目的在于惩罚不法行为，对受害人形成法律激励机制，根本目标在于防止恶意侵权的再次发生。

（三）赔偿功能

赔偿功能，也称为救济功能，是惩罚性赔偿的基本功能。在民事侵权领域，补偿性赔偿以实现对被侵权人损失完全赔偿和填平为原则和目标。王泽鉴教授认为，“填补损害系侵权行为法的基本机能。使加害人就其侵权行为所生的损害负赔偿责任，非在惩罚，因损害赔偿基本上并不审酌加害人的动机、目的等，其赔偿数额原则上不因加害人故意或过失的轻重而有不同。”¹⁸但在知识产权侵权领域，由于受举证能力、维权成本、经济地位悬殊等因素的影响，受害人经过法院裁判获得的赔偿数额与遭受的实际损失之间往往有相当的差距。在知识产权恶意侵权行为中，侵权行为人为了逃避侵权责任，往往采用比较隐蔽的侵权手段，侵权证据较难获取，加之知识产权具有无形性特征，导致侵权造成的损失难以具体量化。因此，通过补偿性赔偿实现对受害人的完全赔偿只是理论上的设想和立法上的理想，与司法现实之间有相当的距离。¹⁹知识产权惩罚性赔偿的引入能够加大对恶意侵权行为人的赔偿责任，充分救济受害人的权益损失，破解补偿性赔偿的困局。虽然补偿性赔偿主要功能在于救济，但其并非在任何情况下都能填平受害人的损失，特别是在恶意侵犯知识产权的情形下，惩罚性赔偿是对补偿性赔偿的有益补充，能够在一定程度上弥补补偿性赔偿的救济不足。

三、知识产权全面引入惩罚性赔偿的正当性基础

（一）哲学基础

美国法学家罗尔斯提出了实现正义的两个原则：平等的自由原则与差别原则。实现正义与公平²⁰是侵权法的首要价值目标，减少侵权预防成本是第二目标。关于正义，正如一位学者曾经评述的，描述非正义的例子比描述正义的例子容易的多。²¹与在一定积极意义上认为某种个别安排是正义的相比，我们更容易确信某种个别的程序和结果是不公平的。在知识产权侵权中，有时侵权人所获利益比受害人遭受的实际损失还要多，在这种情况下，即使让侵权行为人赔偿受害人的实际损失，行为人仍然会冒险继续实施侵权行为，根本动因在于违法成本小于其违法收益。因此，现有的知识产权侵权补偿性赔偿制度具有某些不正义之处，有违于人们的公平感和正义感。²²这表明，正义不仅是一种目标，更是一种现实，可以对制度的某种内部机制和结构予以否定，即使同样的结构在其他制度中可能是正义的。

虽然正义的概念既消极又难以捉摸，但这不能成为讨论侵权法时忽视正义的借口。自从侵权法独立以来，矫正正义就与其紧密联系，这一联系使得侵权法理论具有合法性基础。欧内斯特·温瑞布（Ernest Weinrib）认为，矫正正义的概念不仅是规范性的，而且也是决定性的。²³在他看来，有的学者认为，矫正正义意味着它是存在于确定当事人之间的、彼此密切相关的一种权利义务制度，而且它只缘于特定的事件。²⁴矫正正义本质上是一种有用的分析工具。²⁵知识产权侵权损害赔偿应侧重于侵权行为的客观性，构建一种侵权赔偿的两极架构，在判定被告承担侵权责任时，应将被告侵权的主观状态和具体侵权情节纳入考量的范围。通过知识产权侵权损害赔偿制度的自治，厘清作为与不作为或不法行为与义务违反之间厘清界

¹⁴ David F. Partlett, Punitive Damages; Legal Hot Zones, 56La. L. Rev. 781, 797(1996).

¹⁵ 殊预防是指侵权法对实施了侵权行为的人起到预防作用，避免其以后再次实施类似行为。而一般预防是指侵权法可以起到对于社会一般人的预防作用。See Andre Tunc, International Encyclopedia of Comparative Law, vol. X1, Torts, Introduction, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1974, pp. 161-162. 转引自王利明：《侵权责任法研究（上卷）》，中国人民大学出版社，2010年版，第110页。

¹⁶ 《马克思恩格斯全集》（第1卷），人民出版社，1957年版，第16页。

¹⁷ 参见申来津：《法律与行为选择：法律激励及其发生机制》，《法学杂志》，2006年第4期。

¹⁸ 参见王泽鉴：《侵权行为法》（第一册），中国政法大学出版社，2001版，第7-8页。

¹⁹ 参见朱丹：《知识产权惩罚性赔偿制度研究》，法律出版社，2016年版，第108页。

²⁰ 尽管我们把正义和公平列为目标，但其与成本减少并不处于同一地位，而是作为一种对可能实现成本减少的做法的否决或者强制。公平成为了任何侵权法制度得以通过的最终检验。这种检验需要我们提出的制度足以实现许多目标，但不限于减少成本。由于这个原因，经济学家把成本减少归入正义的门下。

²¹ 参见Edmond N. Cahn, The Sense of Injustice(Bloomington, Indiana University Press, 1964).

²² [美]盖多·卡拉布雷西：《事故的成本——法律与经济的分析》，毕竞悦、陈敏、宋小维译，北京大学出版社，2008年，第22页。

²³ E. Weinrib, The Idea of Private Law (Boston, Mass.: Harvard University Press, 1995), P10. 参见[英]卡罗尔·哈洛：《国家责任——以侵权法为中心展开》，涂永前、马佳昌译，北京大学出版社，2009年，第23页。

²⁴ 转引自[英]卡罗尔·哈洛：《国家责任——以侵权法为中心展开》，涂永前、马佳昌译，北京大学出版社，2009年，第26页。

限, 实现双方当事人之间的利益均衡和侵权法的公平正义。知识产权惩罚性赔偿制度“旨在确定什么情况下一方当事人能够正确地援引法律来负责赔偿另一方。”²⁶有人担心知识产权惩罚性赔偿有可能使受害人从赔偿中获益, 存在“矫枉过正”之风险。对此问题, 我们应辩证地去看, 知识产权的社会性决定了恶意侵害知识产权不仅是对权利人个人的损害, 而且也是对社会公共秩序的一种损害。故而, 对恶意侵害知识产权行为人进行惩罚赔偿, 既着眼于回复权利人与侵权人间的分配正义, 也关乎着维护社会整体的分配正义和公正秩序。²⁷

(二) 经济学基础

知识产权侵权成本低、维权成本高一直是近年来中国知识产权侵权案件大量增加的重要原因。为此, 2008年中国国务院出台的《国家知识产权战略纲要》提出通过“降低维权成本, 提高侵权代价”来遏制知识产权侵权行为。2016年中共中央、国务院出台的《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》中指出, 加大知识产权侵权行为的惩治力度, 提高知识产权侵权法定赔偿上限, 探索建立对专利权、著作权等知识产权侵权惩罚性赔偿, 并由侵权人承担权利人为制止侵权行为所支付的合理开支, 提高知识产权侵权成本。可见, 经济学领域的“成本-收益理论”是知识产权侵权领域全面引入惩罚性赔偿制度的重要理论支撑。

在日常生活中, 每个人都会采取一定措施预防损害的发生。而在市场经济活动中, 每一个理性行为人在实施活动时往往会平衡行为成本与行为获益之间的比例关系。如果侵权获益大于违法成本时, 行为人就会有实施侵权行为的冲动。但关键的问题是, 不同角色和不同地位的人在多大程度上能够预防措施, 这是侵权法经济学分析中最为关注的一个问题。自杰里米·边沁(Jeremy Bentham)和亚当·斯密(Adam Smith)最早将经济学运用于法律领域规制非市场行为的人开始, 法律经济分析方法成为许多学者热衷的对法律问题进行公平、效率、正义分析的主要分析方法。据了解, 最早对侵权法运用经济学探讨的是奥利弗·温德尔·霍姆斯于1881年在其著作《普通法》中对侵权法的讨论。²⁸然而, 这些早期的论述没有认识到侵权法应当建立在提高资源配置效率的行为标准上。现代经济学方法融入侵权法的一个更加直接的起点是社会成本概念和外部成本概念。这一分析源于英国著名经济学家边沁所秉持的“人们在生活的各个领域都将效用最大化”的观点。²⁹美国法律经济学代表人物波斯纳于1972年出版的《法律的经济分析》对今天理解惩罚性赔偿制度的合理性有重要的启示。

按照波斯纳的观点, 如果侵权收益小于侵权成本, 侵害人将会积极尽到注意义务避免侵权的发生; 但如果侵权收益大于侵权成本时, 加害人就失去了采取注意义务的积极性和主动性, 他宁愿向受害人支付损害赔偿, 也要冒险获取潜在不法利益。从经济学上来看, 与知识产权过失侵权的补偿性赔偿相比, 只有加大对知识产权恶意侵权的损害赔偿额度, 才能异曲同工, 并行实现知识产权损害赔偿制度的惩戒功能。当前, 中国现行立法对知识产权侵权赔偿的法定标准较低, 而收集证据、司法鉴定等维权成本较高, 极大地减低了侵权行为人的违法成本, 挫伤了权利人的维权动力。在知识产权领域全面适用惩罚性赔偿制度, 既加大了恶意加害人的侵权成本, 又有利于激发权利人维权的积极性和主动性。

(三) 法理依据

在中国, 对知识产权采用刑法、行政法、民法“三位一体”保护模式。中国刑法典中对严重的知识产权侵权行为进行刑事制裁, 如“假冒注册商标罪”、“假冒专利罪”、“侵犯著作权罪”等罪名的设立便是明证。在行政法领域, 现行知识产权立法赋予知识产权局、商标局、版权局等行政管理部门一定的监督管理权和行政处罚权, 可以对达到一定程度的知识产权侵权行为进行行政处罚。虽然公法上的责任对知识产权侵权具有明显的威慑力, 但由于公法资源有限与公权力机关工作的被动性, 很难对所有的知识产权侵权行为制裁达到全面覆盖, 导致“漏网之鱼”大量存在。在民事领域, 知识产权侵权损害赔偿主要采用补偿性赔偿的方式, 具体计算标准以侵权行为给权利人造成的实际损失、侵权人所获利益或许可使用的合理倍数进行计算, 当前者均无法确定时, 法官可以辅之以法定赔偿对受害人进行救济。但在司法实践中, 法定赔偿额的确定缺乏具体的量化体系, 法官具有较大的自由裁量权, 加之法官的经验、水平的不完全相同, 经常出现类似案件法定赔偿数额差异较大的现象。为了降低上诉风险, 法官判定的法定赔偿数额较低, 有时仅具有象征性意义。³⁰实践中, 由于知识产品具有无形性和公开性, 权利人很难完全管控他人对自己创造知识产品的使用, 导致知识产品很容易被他人不法利用和侵害。随着科学技术的快速发展, 知识产权侵权变得更为容易, 侵权人往往无需投入太多的经济成本就可以通过侵害他人知识产权获取高额利润。由于知

²⁵ P. Cane, *An Anatomy of Tort Law* (Oxford: Hart Publishing, 1997.) P224.

²⁶ 转引自[英]卡罗尔·哈洛:《国家责任——以侵权法为中心展开》, 涂永前、马佳昌译, 北京大学出版社, 2009年, 第28页。

²⁷ 参见朱丹:《知识产权惩罚性赔偿制度研究》, 法律出版社2016年版, 第129页。

²⁸ 法律的一般原则是事故的损失必须归因于事故本身, 而且这一原则并未受以下事实的影响: 个人是不幸的傀儡。但相对而言, 任何人不能完全预期可能发生并进而采取措施避免的事都是事故。的确, 一个人不需要这样做或那样行动——行动这个术语暗示着一种选择——但是他必须以某种方式行动。而且, 公众通常受益于个人行为。因为这类行动不可避免, 而且趋向公众利益, 很显然没有政策会将立即引起欲望的和不可避免的危险加诸行为者。州可能令人信服地使自身成为应对事故的共同保险公司, 而在其所有成员之间分配其公民的灾祸造成的负担, 但事实上州没有这样做, 原因在于主流观点认为州对灾难损失的干预是坏事, 如果需要广泛、普遍的保险, 可以由私人企业做更好, 而且成本更低廉。参见Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law* 94-96(1881)。

²⁹ 参见[美]威廉·M. 兰德斯、理查德·A. 波斯纳:《侵权法经济结构》, 王强、杨媛译, 北京大学出版社, 2005年, 第7-8页。

知识产权纠纷专业性较强, 举证难度较大, 律师费用等维权成本较高, 法定赔偿数额较低, 许多权利人最终放弃通过法律途径维权, 无法对恶意侵权行为真正起到制裁和遏制的作用, 从而降低了侵权违法成本, 助长了侵权人的投机心理, 最终结果导致恶性循环, 知识产权侵权现象更为严重, 不利于权利人的权益保护和激励创新创造。根据法律经济学的理论, 只有造成损害所承担的费用超过了损害行为为其带来的利益, 才能够起到对损害发生的防止作用。³¹ 惩罚性赔偿和补偿性赔偿虽然都是处理利益冲突的工具和手段, 但两者的侧重点迥然不同, 体现了两种思维路径。补偿性赔偿遵循“回看式”救济原则, 重在思考如何善后; 而惩罚性赔偿侧重于“前瞻式”的利益调整策略, 其着眼于通过个案的裁判, 对未来及社会整体产生深远的影响。³² 对恶意侵害知识产权行为而言, 仅靠补偿性赔偿制度既无法对受害人给予充分的法律救济, 又不能有效遏制侵权行为的发生。惩罚性赔偿对知识产权这类“无形财产”法益的保护具有先天优势。³³ 因此, 只有在知识产权领域全面引入惩罚性赔偿, 才能弥补公法治理的困境与补偿性赔偿制度的缺陷, 成为破解知识产权恶意侵权复发的有效之道。

四、中国知识产权惩罚性赔偿制度的立法建构

目前, 中国学界针对知识产权领域引入惩罚性赔偿的理论基础、正当性问题讨论热烈, 绝大多数持肯定的态度, 但关于惩罚性赔偿的适用范围、适用条件、赔偿金计算标准等问题则争议较大, 观点分歧较为突出。虽然惩罚性赔偿制度有效增强了对恶意侵权行为进行民事制裁的刚性, 但它是一把“双刃剑”, 如果该制度被滥用, 将会导致惩戒过度, 不利于行为人的自由开展, 引发滥诉风险。在加大知识产权保护力度的政策导向和舆论高涨的背景下, 惩罚性赔偿的制度建构应当坚持理论审视与实践调研相结合, 避免形成学者所谓的“孤岛条款”³⁴ 因此, 必须在充分考虑中国知识产权侵权现实情况的基础上, 科学合理构建中国的知识产权惩罚性赔偿制度。

(一) 适用范围

英美法系的惩罚性赔偿制度在填补损失的基础上强调对不法行为的惩罚与遏制, 预防恶意侵权的再次发生。而大陆法系坚守“填补实际损失”的赔偿理念, 在确定赔偿损失时一般不区分加害人的主观因素。³⁵ 值得注意的是, 德国针对知识产权侵权行为的特殊性, 确立了“不得从错误行为中获利”的赔偿标准, 重在发挥这一赔偿标准的“抑制性”作用, 同时也是“强化法律运行的有效的社会心理工具”³⁶, 在某种程度上反映了当今两大法系国家在知识产权领域相互借鉴、相互交融的发展趋势。虽然中国2013年修订的《商标法》引入了惩罚性赔偿制度, 对制裁恶意侵害商标专用权的进行了有益尝试。但《著作权法》和《专利法》还未正式确立惩罚性赔偿制度。令人欣慰的是, 近年公布的《著作权法修改草案》和《专利法修改草案》拟引入该制度, 正在编纂的《民法典侵权责任编(草案二次审议稿)》第961条以一般条款的地位明确规定知识产权领域全面适用惩罚性赔偿制度。上述草案虽正处于立法进程中, 未正式颁布, 但充分反映了惩罚性赔偿在知识产权领域全面适用乃大势所趋, 符合当今世界知识产权侵权损害赔偿制度的发展潮流。故而, 笔者认为, 中国知识产权惩罚性赔偿制度的构建应当以《中华人民共和国民法典》第961条为一般条款依据, 以《商标法》《著作权法》《专利法》相关条款为主干, 以其他知识产权特别规定为补充, 使惩罚性赔偿制度真正在知识产权领域得到全面确立和正确适用。

(二) 适用条件

综观国外主要国家知识产权领域惩罚性赔偿的相关规定, 惩罚性赔偿的适用主要从主观和客观两个方面进行考量。根据中国现行《商标法》第63条规定, 对恶意侵犯商标专用权, 情节严重的, 可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。可见, 商标侵权适用惩罚性赔偿应同时满足“恶意侵权”和“情节严重”两个条件。中国国务院法制办于2014年6月公布的《著作权法(修订草案送审稿)》第76条第2款规定: “对于两次以上故意侵犯著作权或者相关权的, 人民法院可以根据前款计算的赔偿数额的二至三倍确定赔偿数额。”由此推知, 著作权惩罚性赔偿是否主要从两个要件进行判断: 一是“行为人主观上故意”, 二是“侵权行为达两次以上”。中国国家知识产权局于2015年4月公布的《专利法草案(征求意见稿)》第65条第3款规定: “对于故意侵犯专利权的行为, 人民法院可以根据侵权行为的情节、规模、损害后果等因素, 将根据前两款所确定的赔偿数额提高至二到三倍。”专利侵权惩罚性赔偿适用条件拟设为两个: 一是主观故意; 二是侵权情节、规模损害结果等客观条件。比较而言, 上述三个条款关于惩罚性赔偿的适用条件均包括主观要件和客观要件两个方面, 但在具体表述上有所差异。就主观方面而言, 商标法使用了“恶意”一词, 而著作权和专利权均限定为“故意”。就概念而言, “恶意”是对不法行为人主观状态和客观行为的综合价值判断, 而“故意”是对侵权行为人主观方面的事实判断。笔者认为, 从概念的严谨性角度而言, 使用“故意”一词更为严谨, 是对行为人主观状态的法律表达, 仅侧重于事实方面的认定, 不作价值上的判断。《民法典侵权责任编(草案二次审议稿)》第961条即采用了这一观点, 使用“故意”一词。关于是否将惩罚性赔偿适用

³⁰ 袁杏桃: 《知识产权侵权惩罚性赔偿的正当性基础与制度建构》, 《甘肃社会科学》, 2014年第5期。

³¹ 王利明: 《美国惩罚性赔偿制度研究》, 《比较法研究》, 2003年第5期。

³² 参见徐聪颖: 《知识产权惩罚性赔偿的功能认知与效用选择——从中国商标权领域的司法判赔实践说起》, 《湖北社会科学》, 2018年第7期。

³³ 舒媛: 《知识产权惩罚性损害赔偿制度研究》, 《武汉大学学报(哲学社会科学版)》, 2014年第3期。

³⁴ 李晓秋: 《专利侵权惩罚性赔偿制度: 引入抑或摒弃》, 《法商研究》, 2013年第4期。

³⁵ 参见杜甲华、崔畅: 《论惩罚性赔偿在知识产权损害赔偿中的适用》, 《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》, 2016年第5期。

的主观要件是否应扩展到间接故意，即是否包括重大过失？有学者持肯定态度。笔者认为，由于惩罚性赔偿主要针对的是恶意侵权行为，故而，此处的“故意”应作狭义解释，仅包括直接故意，理由在于直接故意的主观恶性较大，而重大过失的主观恶性程度相对较小，防止惩罚过度或滥用。

在客观要件方面，有学者认为上述三个条款规定有明显不同。商标法要求“情节严重”，著作权法限定为“两次以上”，专利法则采取“情节、规模、损害结果等”多元化判定因素。³⁷笔者认为，“两次以上”实质上是对侵权行为情节是否严重的直接判断，和“情节、规模、损害结果”多元化因素判断在本质上都是一致的，均是强调侵权行为客观方面的判断，只是在语言表述上有所不同，但在司法实践中均应作扩大解释和综合判断。就表述的严谨性而言，笔者认为采用专利法草案稿中“情节、规模、损害结果等因素”这一表述更为周延和严谨。

（三）赔偿金额的计算标准

在中国知识产权领域，现行法上只有《商标法》明确规定了惩罚性赔偿。关于商标侵权惩罚性赔偿，理论上主要有两种代表性观点：一种主张借鉴法定赔偿金制度模式，为惩罚性赔偿设定数额上限，避免产生天价赔偿，主要理由在于惩罚性赔偿金的确定应抛开受害人的实际损失，仅考虑加害人的主观恶意，由法官在法律规定的惩罚性赔偿限额范围内根据案件实际情况自由裁量³⁸；另一种主张在补偿性赔偿的基础上按照一定比例来确定惩罚性赔偿金额，原因在于惩罚性赔偿的功能在于惩戒，在填补损失基础上按照比例确定惩罚性赔偿金额，既能起到预防震慑作用，防止恶意侵权行为重复发生，又能在一定程度上平衡加害人与受害人之间的利益，避免使加害人受到过于严厉的惩处。³⁹

笔者认为，惩罚性赔偿制度的首要功能在于惩戒，惩罚性赔偿金的合理确定直接关系到其价值目标能否顺利实现。解决惩罚性赔偿金的计算问题，关键在于处理好两个标准问题：一是计算的前提基数；二是计算的比例或倍数。根据美国专利法第284条之规定，补偿性赔偿金包含专利的合理使用费以及法院所认定的利息和诉讼费用。当补偿性赔偿金无法确定时，法院应当估算确定。惩罚性赔偿金的数额可以增加至原确定或估定赔偿数额的三倍以内。⁴⁰这种计算方法在美国司法实践中被证明是切实可行的。因此，中国知识产权惩罚性赔偿金的计算可以借鉴美国专利法的做法，计算基数包括受害人实际损失、侵权人所获利益、知识产品许可使用费、酌定赔偿数额四类补偿性赔偿，考虑到中国国情，为加大侵权人的违法成本，可以赋予受害人赔偿基数选择权，从受害人实际损失、侵权人所获利益、知识产品许可使用费中选择有利于获取更多赔偿的计算基数。关于惩罚性赔偿的计算比例，参照国外惩罚性赔偿的计算标准，应当以补偿性赔偿金额的三至五倍以下为宜，具体比例由法官根据侵权行为的主观因素和客观因素进行综合判断，做出自由裁量。关于精神损害赔偿是否在惩罚性赔偿的范围之内，笔者认为，专利权和注册商标专用权主要为财产性权利，不涉及精神损害赔偿的赔偿问题。著作权内容包含有部分精神性权利，如果著作权侵权侵害到著作权人的精神性权利，可以纳入惩罚性赔偿的计算范围，但仍应将精神性损害量化为补偿性赔偿为基础。

结语

随着中国特色社会主义市场经济的快速发展和“一带一路”战略的深入推进，加大知识产权违法成本，加强知识产权法律保护已成为社会各界和世界各国的普遍共识。惩罚性赔偿制度虽然突破了传统大陆法系损害赔偿的“填平”原则，但其有效弥补了公法治理的困境与补偿性赔偿救济的不足，强化了侵权法的惩罚和预防功能，增加了民事责任的制度刚性。如果立法进程顺利，中国正在编纂的《民法典侵权责任编》第961条将为知识产权惩罚性赔偿确立了一般条款，有力推进惩罚性赔偿制度在知识产权各领域的落地生根和不断完善，为加强知识产权法律保护和实现知识产权战略提供有力支撑。同时，我们应在立法上科学合理构建惩罚性赔偿制度，严格限定其适用范围和条件，警惕其在知识产权领域的泛用。

参考文献

- [1] 王利明：《美国惩罚性赔偿制度研究》，《比较法研究》，2003年第5期。
- [2] 曹新明：《知识产权侵权惩罚性赔偿责任探析——兼论中国知识产权领域三部法律的修订》，《知识产权》，2013年第4期。
- [3] 杜甲华、崔畅：《论惩罚性赔偿在知识产权损害赔偿责任中的适用》，《辽宁大学学报（哲学社会科学版）》，2016年第5期。
- [4] 舒媛：《知识产权惩罚性赔偿制度研究》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》，2014年第3期。
- [5] 罗莉：《论惩罚性赔偿在知识产权中的引进与实施》，《法学》，2014年第4期。
- [6] 徐聪颖：《知识产权惩罚性赔偿的功能认知与效用选择——从中国商标权领域的司法判赔实践说起》，《湖北社会科学》，2018年第7期。

³⁶ 舒媛：《知识产权惩罚性赔偿制度研究》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》，2014年第3期。

³⁷ 参见曹新明：《知识产权侵权惩罚性赔偿责任探析——兼论中国知识产权领域三部法律的修订》，《知识产权》，2013年第4期。

³⁸ 参见罗莉：《论惩罚性赔偿在知识产权中的引进与实施》，《法学》，2014年第4期。

³⁹ 参见曹新明：《知识产权侵权惩罚性赔偿责任探析——兼论中国知识产权领域三部法律的修订》，《知识产权》，2013年第4期。

⁴⁰ 参见李洪江：《专利侵权纠纷适用惩罚性赔偿责任概述》，《中国发明与专利》，2012年第1期。

- [7] 李晓秋：《专利侵权惩罚性赔偿制度：引入抑或摒弃》，《法商研究》，2013年第4期。
- [8] 朱丹：《知识产权惩罚性赔偿制度研究》，法律出版社，2016年版。
- [9] [德]U. 马格努斯主编：《侵权法的统一：损害与损害赔偿》，谢鸿飞译，法律出版社，2009年版。
- [10] 王利明：《侵权行为法研究（上卷）》，中国人民大学出版社，2004年版。
- [11] 王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社，2009年版。
- [12] 欧洲侵权法小组：《欧洲侵权法原则：文本与评注》，于敏、谢鸿飞译，法律出版社，2009年版。
- [13] [美]盖多·卡拉布雷西：《事故的成本——法律与经济的分析》，毕竞悦、陈敏、宋小维译，北京大学出版社，2008年。
- [14] [英]卡洛尔·哈洛：《国家责任——以侵权法为中心展开》，涂永前、马佳昌译，北京大学出版社，2009年。
- [15] 盘和林：《以“惩罚性赔偿”突破知识产权司法保护瓶颈》，《人民法院报》，2016年4月30日第002版。
- [16] [美]威廉·M. 兰德斯、理查德·A. 波斯纳：《侵权法的经济结构》，王强、杨媛译，北京大学出版社，2005年，第7-8页。
- [17] 袁杏桃：《知识产权侵权惩罚性赔偿的正当性基础与制度建构》，《甘肃社会科学》，2014年第5期。
- [18] 冯晓青、罗娇：《知识产权侵权惩罚性赔偿研究——人文精神、制度理性与规范设计》，《中国政法大学学报》，2015年第6期。

Охрана окружающей среды и экологическая безопасность

和谐社会建设背景下中国动物福利立法问题之反思 Анализ законодательства в сфере защиты животных в Китае в контексте построения гармоничного общества Reflections on the Legislation of Animal Welfare in China under the Background of Building a Harmonious Society

王利¹河南大学法学院/知识产权学院副教授，法学博士
pangdongmei71@163.com

Ван Ли,

доцент Юридического института, Института интеллектуальной собственности Хэнаньского университета, КНР

Wang Li,

Associate professor of law School/Intellectual Property School, Henan University, S.J.D.

© Ван Ли, 2020

摘要: 人与动物间的和谐相处、协调发展是人与自然和谐的重要体现，也是和谐社会构建的内在要求。当前，频繁出现的虐待动物现象、不合理利用动物乱象已成为引发中国国内社会矛盾的重要因素，也不利于国家软实力在国际层面的进一步呈现。基于可有效调解人与动物间各种争议中的道德纷争、完善动物产品消费市场秩序、有效应对国内外舆情争议等特点，完善中国动物福利立法应是促进人与自然和谐相处、保障和谐社会顺利构建的重要手段。

总体来看，当前中国动物保护的有关立法尚无法满足和谐社会背景下动物福利保障的现实需求，动物福利立法亟待完善，具体情况涉及：动物保护立法体系不完整，缺乏对动物予以全面保护的基本法，动物保护的专门性立法也极其有限，难以达到动物福利理念所要涵盖的动物范畴；动物立法目的注重动物的合理开发与安全利用，动物福利理念普遍缺失，无法形成动物福利保护必需的针对性、有效性、全面性的制度体系；某些动物立法虽然涉及动物福利条款，但普遍缺乏实质性保障、尤其是缺乏实质性的责任约束规定，无法有效抑制现实中损害动物福利的现象，法律实效性普遍较差。

在中国积极推进和谐社会建设、实施依法治国战略背景下，积极关注并努力促进中国动物福利立法的完善一定程度上已成为事关社会秩序稳定、国家形象与利益维护的重要问题。结合中国当前动物福利立法存在着的不足以及国内外对动物福利问题关注度逐渐提高的现实，应采取积极措施尽快对中国动物福利立法加以完善。首先，人与动物之间关系失范、保护动物福利不能取得共识的主要原因在于单纯以人类为中心的伦理观、发展观的持续存在。为此，动物福利立法的完善首先需要深化动物伦理与生理意识教育，扩展公民对动物价值的认识范围，创造动物福利立法的积极社会氛围。其次，动物保护立法体系不完善、动物保护范畴较窄、动物福利立法缺失是导致动物与人类之间关系出现失范现象的重要原因。因而，应结合扩大动物保护的范畴、融合动物物种保护利用与动物福利保障理念、遵循立法循序渐进原则等问题进一步完善动物保护立法，进而为动物福利理念全面贯彻奠定法制基础。第三，制度是人们之间有序关系的集合，人与动物之间有序关系的构建还需要规范有效的管理体制、完善的动物可追溯管理制度、科学的动物福利标准制度、严格的动物福利保障制度等制度体系的不断完善。

关键词: 和谐社会；动物福利；动物福利立法

Abstract. *Harmonious coexistence and coordinated development between human beings and animals is an important manifestation of the harmony between human beings and nature, as well as the inherent requirement of building a harmonious society. Frequent animal abuse and unreasonable use*

¹ 基金项目：教育部人文社科重点研究基地重大项目：《生态文明语境下环境法的体系化发展》（16JJD820012）。

of animals have become an important factor in triggering domestic social contradictions in China, and which is not conducive to the further presentation of national soft power at the international level. Based on the characteristics of effectively mediating moral disputes between human beings and animals, perfecting the market order of animal products consumption, and effectively responding to public opinion disputes at home and abroad, animal welfare legislation is the fundamental measures to solve the above problems.

Overall, the current legislation on animal protection in China is still unable to meet the realistic needs of animal welfare protection in the context of a harmonious society. Animal welfare legislation needs to be improved urgently, and the specific situation involves: The legislative system of animal protection is incomplete, lacking the basic law to protect animals in an all-round way, and the specialized legislation of animal protection is extremely limited, which makes it difficult to reach the animal category covered by the concept of animal welfare; The purpose of animal legislation is to pay attention to the rational development and safe use of animals, and the concept of animal welfare is generally lacking, which can not form the necessary pertinence, effectiveness and comprehensive system of animal welfare protection; Although animal welfare provisions are involved in some animal legislation, there is a general lack of substantive protection, especially the lack of substantive liability constraints, which can not effectively suppress the phenomenon of damage to animal welfare in reality, and the legal effectiveness is generally poor. Under the background of actively promoting the construction of a harmonious society and implementing the strategy of governing the country according to law in China, it has become an important issue concerning the stability of social order, the image of the country and the maintenance of interests to a certain extent to actively pay attention to and strive to promote the perfection of animal welfare legislation in China. Considering the insufficiency of current animal welfare legislation in China and the fact that domestic and foreign attention to animal welfare issues has gradually increased, active measures should be taken to improve China's animal welfare legislation as soon as possible. First of all, the main reason for the anomie of the relationship between human beings and animals and the lack of consensus on the protection of animal welfare lies in the persistence of human-centered ethics and development concept. Therefore, the improvement of animal welfare legislation needs to deepen the education of animal ethics and physiological consciousness, expand the scope of citizens' understanding of animal value, and create a positive social atmosphere for animal welfare legislation. Secondly, the imperfect animal protection legislation system, the narrow scope of animal protection and the lack of animal welfare legislation are the important reasons for the anomie of the relationship between animals and human beings. Therefore, animal protection legislation should be further improved in the light of expanding the scope of animal protection, integrating the concept of animal species protection and utilization with animal welfare protection, and following the principle of progressive legislation, so as to lay a legal foundation for the full implementation of animal welfare concept. Thirdly, the system is the collection of orderly relations between people. The construction of orderly relations between people and animals also needs to standardize effective management system, perfect animal traceability management system, scientific animal welfare standard system and strict animal welfare security system.

Keywords: Harmonious society; Animal welfare; Animal welfare legislation.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.057-065

人与动物的和谐相处是人与自然和谐关系的重要体现，也是和谐社会的应有之意。现实中，频繁出现的虐待动物现象、不合理利用动物乱象已成为国内舆论关注的焦点，诸多社会群体在网络与现实中国绕着相关议题进行着激烈的言语激辩、甚至行为冲突，严重影响着人与自然和谐关系的构建。从国际视角来看，对待动物的态度及方式很大程度上也会影响国际社会对中国形象的正确认知与判断，甚至该问题还存在着上升为国际政治和贸易问题的潜在性。和谐社会要求社会依照既定的规则有序运行，反对社会的无序化与无序状态，而法治则是达成和维系和谐社会的重要手段与路径。因而，理性分析中国当前人与动物之间引发诸多纷争的诸多因素，及时采取正确的解决路径、尤其是法治路径，不仅有利于国内和谐社会与生态文明的构建，也有利于在国际层面进一步提升国家形象、维护国家利益。

一、动物福利立法是和谐社会建设的内在需求

如何解决虐待动物、不合理利用动物等现象背后的诸多纷争，众多媒体、学者从不同角度进行了分析，主要涉及：深化社会层面的动物生理及环境伦理的宣传教育，形成有利于人性对待动物的社会氛围；加强各级政府的行为约束，禁止以经济利益或宣传地方食俗文化的目的举办不合时宜的利用动物活动；加强动物买卖、养殖、免疫、运输、销售、屠宰、加工等环节的精细化执法监管，确保生产经营行为的规范化；加强动物保护、动物福利立法，通过法律严格规范与引导民众以符合公序良俗的方式对待猫狗在内的各种动物。上述观点各有侧重，但考虑到法律调整人们之间行为关系的基础性，通过立法手段以解决“狗肉

节”背后的诸多纷争显然应该予以重点考量。综合当前中国国情及相关立法现状，笔者以为，完善中国动物福利立法应是解决当前诸多纷争的根本措施，也是人与自然和谐关系构建的现实需求，其理由如下：

（一）可有效融合各方观点、兼顾各地风俗，调解道德纷争

本质上看，动物本身与人类之间的关系具有某种深刻的道德含义，而动物的活法及其命运与人类对待动物的态度密切相关。[1] 人类对待动物有关的诸多纷争很大程度上可以归结为道德问题，虐待动物现象、不合理利用动物乱象被很多人认为是道德陋习，并应予以道德谴责。另外，基于各地的风俗与民俗不同，中国很多地区仍然把利用动物的行为看作是正常的社会习惯、社会习俗。显然，采取何种方式对待动物问题是一个复杂的社会问题，既涉及传统习俗，也包含道德和情感因素，通过立法全面禁止上述问题显然不能一蹴而就，应基于当下客观现实，循序渐进地采取应对措施。

物质文明的发展与文明理念的进步是动物福利思想及其立法产生的主要动因，其促使人们在合理开发利用动物的同时以人道的方式对待动物。“动物福利”一词本身是人们采取人道方式对待动物的另外一种形象表达，其内涵广泛，目前公认的能够满足“动物福利”理念的基本标准主要体现为所谓“五大自由原则”：免于饥渴的自由；免于不舒适的自由；免于痛苦、伤害和疾病折磨的自由；表达正常习性的自由；免于恐惧和悲伤的自由。[2] 基于物质发展水平、文明理念与法治进步状况、社会公众对动物情感和生理认知程度、地方风俗演变等不同情形，不同区域动物所涉及到的福利标准显然存在高低，动物福利立法内容也会有所偏差。中国而言，目前尚没有对野生动物之外的动物予以立法保护，也缺乏人性化对待动物、确保动物享有相应福利的强制性法律规范，“狗肉节”、血腥屠宰动物、频繁虐待动物等现象的出现实质上都是这种立法缺失及不完善的重要体现。从当前现实来看，从国家层面直接出台禁止动物买卖、消费等活动显然具有很大难度，但基于一些动物尤其是猫狗等伴侣动物与人类之间情感联系的日益强化、人性对待动物所具有的民意基础，以及当前和谐社会与生态文明社会构建的社会大背景，出台专门性的动物福利的立法，认定残忍对待动物是违法的行为、保证最低限度的动物福利标准显然具有可行性。同时，可有效融合各方观点、兼顾各地风俗，调解动物利用争议中的诸多道德纷争。

（二）可进一步规范动物对待行为，完善动物产品消费市场秩序

当前中国对待动物行为的规范主要涉及一般性饲养动物，具体表现为《畜牧法》、《动物防疫法》、《动物检疫管理办法》、《生猪屠宰管理条例》等。目前来看，这些规范仍存在着诸多不足：首先，有效规范的行为不全面。除了动物的防疫及检疫行为规范较为细致外，动物饲养的方式、买卖场所、运输方式、屠宰方式等尚缺乏细致要求，现实中普遍存在着饲养与买卖场所脏乱差、私屠乱宰现象屡禁不止、屠宰方式不人道等现象；其次，有效规范的物种不全面。就动物屠宰而言，国家层面目前仅有国务院针对性发布的《生猪屠宰管理条例》，而牛、羊、鸡等民间屠宰未在有效监管范围之内。虽然某些地方制订了牛、羊、鸡的定点屠宰管理办法，但由于缺乏有效立法依据、立法位阶较低、执法不重视、缺乏约束性条款等原因，导致现实中屠宰市场比较混乱、肉品安全质量难以有效保障。通过动物福利立法可对上述立法不足问题进行有效的弥补：

第一，可进一步规范对待动物的行为。如前所述，当前的动物饲养、买卖、运输、屠宰等行为规范普遍缺乏人性化要求，无法有效规范刺激公众感情、导致道德争议、甚至有损国家形象与利益的动物不人道对待现象。动物福利立法会全面规范与动物有关的人类行为，确保动物被人类利用时其自身价值不会因为被支配而受到不可忍受的侵蚀。基于立法是改变人们态度的最强硬手段的共识，中国动物福利立法的通过会在很大程度上抑制现实中频频出现的虐待猫狗、残杀动物等严重超越人们道德底线的行为，而对上述动物正常的对待行为也会产生进一步规范效应。

第二，进一步扩大物种规范的范畴。动物福利立法涉及到的动物范畴较为广泛，可有效弥补中国当前动物保护立法仅对“珍贵、濒危的陆生、水生野生动物和有重要生态、科学、社会价值的陆生野生动物”²进行重点保护所导致的物种保护范围不足问题。³

第三，有助于动物可追溯管理法律制度的进一步完善。可追溯管理制度对于动物贸易及其产品的经营管理环节做出了具体详细的规定，目的是促进动物生产经营行为的规范化及确保消费安全。从动物出生到养殖、免疫、运输、销售、屠宰、加工到进入流通环节，中国当前立法虽有所规定，但因涉及物种不多、立法内容较少、缺乏实施保障等原因，立法实效性普遍不强。动物福利立法依据其国家法律的权威性、强制性及惩戒性，福利内容的详尽性以及具体实施细则的可操作性，可从上述各环节进一步强化动物可追溯管理法律制度的实效性，进而有助于动物经营的规范化及保障消费安全。

（三）可有效应对国外舆情争议，维护国家形象与利益

西方一些国家、尤其是欧美国家而言，由于物质文明的发展程度较高，国民环保意识及动物福利意识层次普遍较高，其所在区域的动物保护立法体系及内容也相对较为完善。近几年，随着计算机网络技术及现代传媒手段的进一步发展，欧美国家的一些民众及媒体相继利用中国国内一些利用动物的争议现象发表了对中国国际形象塑造不利的诸多言论。⁴从现实来看，作为一个特殊的物种，动物对人类具有多方面的价

² 参见《中华人民共和国野生动物保护法》第2条。

³ 按照国际公认标准，动物一般可被分为农场动物、实验动物、伴侣动物、工作动物、娱乐动物和野生动物6类。目前中国动物保护立法主要涉及野生动物，其它类动物立法虽有涉及，但存在着立法层次较低、立法内容较少、实施保障制度缺乏等缺陷，进而立法实效性普遍较差。

⁴ 例如，狗作为动物福利立法关注的重要主体，其相关的福利在西方发达国家得到广泛保护。在此背景下，针对中国所谓玉林“狗肉节”，欧美国家的一些民众及媒体曾相继发表了诸多表示抵制和反对的言论。由于这些民众中涉及到的

值，很多动物对人类的发展也做出过积极的贡献，尤其是猫狗等伴侣动物更是在很大程度上满足了社会公众的精神情感追求，与人类之间的情感联系愈加密切，人们在对其加以利用的时候理应对其福利待遇加以积极关注。同时，作为不断融入世界的主流国家，中国在不断展现自己物质文明发展的同时，精神文明建设也应积极跟进。从国际实践来看，确保动物在运输过程或商业活动中得到人道待遇已经成为动物福利立法追求的基本目的。[3]基于中国国情现状，当前动物保护立法虽不完善，但在对待动物的态度上理应与与时俱进，针对因动物对待或利用现象在国际舆情中的不利局面，应积极追求在动物福利立法上有所作为，积极呈现国家环境道德意识层面的发展，以改善中国对外的整体国际形象。

二、中国动物福利立法现状评析

当前中国动物保护的立法体系、立法目的、立法内容等方面都无法满足动物福利的现实需求，动物福利立法亟待完善，具体情况如下：

（一）动物保护立法体系不完整，动物保护的范畴过于狭窄

当前中国并没有对动物予以全面保护的基本法，动物保护的专门性立法仅有《中华人民共和国野生动物保护法》，其他直接涉及动物规范的一些立法主要涉及《畜牧法》《动物防疫法》《渔业法》以及《生猪屠宰条例》《实验动物管理条例》《饲料和饲料添加剂管理条例》《兽药管理条例》《城市动物园管理规定》及地方性的养犬管理办法等。另外，一些自然资源保护立法，如《中华人民共和国草原法》《中华人民共和国森林法》《中华人民共和国海洋环境保护法》等也有零散的规定，主要基于生态系统的保护目的对生存于其中的一些典型动植物同时予以保护。除了立法体系不完整外，目前立法所保护的动物范围也是极其有限，难以达到动物福利理念所要涵盖的动物范畴。依据新修订的《中华人民共和国野生动物保护法》第2条规定，其立法保护的野生动物仍仅包括珍贵、濒危的陆生、水生野生动物和有重要生态、科学、社会价值的陆生野生动物，不具有上述标准、一般性的野生动物显然不在其保护之列。显然，中国立法保护的动物范畴极其有限，除符合一定条件的野生动物之外，其他很少或几乎没有涉及。在当前立法状况下，动物福利理念显然缺乏全面贯彻的法制基础。

（二）立法目的注重动物的合理开发与安全利用，动物福利理念缺失

立法目的，是立法者通过制定法律文本，意图有效地调控社会关系的内在动机，它既是法律创制也是法律实施的内在动因。[4]立法目的在立法中通常以第1条来加以表述，并对该立法的运行起着多方面的积极作用：找准立法的“目标”，可以提高立法技术水平，改善立法质量；在法律实施方面，有利于执法者准确地理解法律的“原旨”，公正地实施法律；在法律遵守方面，可以使社会成员知悉法律规定的“真义”，正确地行使权利、履行义务；在法学研究方面，可以将游移、散淡的目光向法律文本“聚焦”，增强法学研究服务于法治实践的能力。⁵显然，立法目的条款的表述状况直接影响着立法实施的预期性及其实效性。就当前中国动物立法而言，其直接目的仍然是偏重动物的合理开发与安全利用，动物福利理念基本上属于缺失状态。如中国《野生动物保护法》的立法目的是为了“保护野生动物，拯救珍贵、濒危野生动物，维护生物多样性和生态平衡，推进生态文明建设”；《动物防疫法》的立法目的是为了“加强对动物防疫活动的管理，预防、控制和扑灭动物疫病，促进养殖业发展，保护人体健康，维护公共卫生安全”；《生猪屠宰条例》的立法目的是为了“加强生猪屠宰管理，保证生猪产品质量安全，保障人民身体健康”。⁵显然，中国当前有关动物的立法目的中尚没有动物福利的关注，即使对于公众明知其生命与健康必然受到各种不良影响的实验动物而言，也是如此。依据《实验动物管理条例》第1条，其立法目的是为了“加强实验动物的管理工作，保证实验动物质量，适应科学研究、经济建设和社会发展的需要”。立法目的中动物福利理念的缺失必然会对中国动物福利保护的法治实践及其理论研究带来诸多困境，最重要的是无法形成动物福利保护的针对性、有效性及全面性制度体系。

（三）动物福利条款缺乏实质性保障，法律实效性普遍较差

虽然当前立法保护的动物范畴有限，动物福利保护立法理念缺失，但在立法内容中还是能够零散见到符合动物福利原则的条款。遗憾的是，这些零散的动物福利立法规定由于缺乏实质性的保障条款，在现实中形同虚设，根本无法有效抑制损害动物福利的现象。举例来看，中国的《实验动物管理条例》中并没有直接涉及实验动物福利生命与健康关爱的有关规定，但是依据该条例出台的地方性实验动物管理办法及卫生部《医学实验动物管理实施细则》中却都有关爱及维护动物福利的具体规定，如《陕西省实验动物管理办法》第21条规定：“从事实验动物工作的单位和个人，应当关爱实验动物，维护动物福利，不得戏弄、虐待实验动物；动物实验中和实验结束时，在不影响实验结果的条件下，应当避免或者减轻给实验动物造成不安和疼痛。”卫生部《医学实验动物管理实施细则》第16条规定：“进行各种动物实验时，应当按动物实验技术要求进行。要善待动物，手术时进行必要的无痛麻醉。”遗憾的是，这些实验动物的有关福利条款同时缺乏实质性的保障条款，更缺乏实质性的责任约束规定，而现实中不断曝露出的实验动物遭受非人道待遇的事件及图片在刺激公众感情与神经的同时，也引发了社会对实验动物福利保护的进一步反思。⁶

些著名的演艺界明星及电视主持人，媒体中包括诸如《华盛顿邮报》、《纽约时报》、《华尔街日报》、BBC、CNN等国际著名媒体，其言论及声音显然会产生相当程度的社会影响力及大众态度塑造力，必然会对中国形象及国家利益产生消极影响。

⁵ 分别参见我国《野生动物保护法》、《动物防疫法》、《生猪屠宰条例》第1条规定。

⁶ 典型事件如2015年12月6日众多国内外网站报道的疑似西安某医学院人员在大量狗做实验后而将其随意遗弃的悲惨视频及图片。该类现象显然已经超出人们的道德底线与心理可承受程度，也凸显了加强动物福利立法的必要性。

需要特别指出的是,作为人类伴侣动物之一的重要群体,狗与人类之间一直存在着某种特殊的情感,很多时候狗还具有故里、人烟、记忆、守望、伙伴、天伦、安居乐业等美好的象征意义,故在现实中公众对其予以了更多关注。目前,基于地方立法权限全国各地几乎都针对狗这一特殊动物群体制订了专门的地方性法规。相比较于国家层面动物福利立法内容的普遍缺失,某些地方性立法除针对养犬行为予以重点规范与管理外,还对狗的福利给予了一定关注,并规定了实质性的保障措施。典型如2016年10月实施的《青岛市养犬管理条例》第11条规定:禁止遗弃、虐待、屠宰犬只;禁止组织、参与斗犬等伤害犬只的行为。针对违反此规定的行为,依据该条例第20条规定,应由公安机关责令改正,处五百元以上二千元以下罚款;拒不改正的,并处没收犬只。遗憾的是,很多地方性人大或者其常委会并没有充分发挥《中华人民共和国立法法》对其在城市管理、环境保护等方面的地方性立法授权的主观能动性,没有结合环境友好与和谐社会建设、生态文明建设的国内背景以及动物福利已成为环境伦理重要组成部分、与国际贸易绿色壁垒的联系性日益密切等国际因素进行充分考量,在国家动物福利立法欠缺的状况下,充分利用地方性立法针对犬只管理及其福利维护问题对社会公众率先在行为规范、价值引导等方面实现示范性。这也是虽然各地几乎都出台了养犬管理制度,但养犬行为领域经常出现失范现象的重要制度原因。⁷

三、中国动物福利立法完善的若干思考

如果法律准许任何人为了自己的利益或为了金钱上的益处而导致动物痛苦或折磨动物,那么这一原则会被推向无限的边缘界限,而很难看到尽头。[6]当前,各种建立在严重侵害动物福利上的商业行为及虐狗、虐猫、虐待其它动物行为通过社交平台及媒体不断得到披露,而与之相关的人际冲突、价值观纷争等乱象也不断出现,已经成为中国现代社会发展中的不稳定因素。因而,在中国积极推进和谐社会建设、实施依法治国战略背景下,积极关注并努力促进中国动物福利立法的完善一定程度上已成为事关社会秩序稳定、国家形象与利益维护的重要问题。结合上述中国当前动物福利立法存在着的诸多不足以及国内外对动物福利问题关注度逐渐提高的现实,笔者以为,应考虑以下措施尽快对中国动物福利立法加以完善:

(一) 深化动物伦理与生理意识教育,创造动物福利立法的积极社会氛围

意识可以影响人的价值观的形成,并在社会整体层面形成有效合力。“狗肉节”以及各种非人道对待动物的行为之所以导致诸多社会纷争,一个重要的原因即在于动物福利理念尚未在社会整体层面形成共识,并在现有立法中得到积极呈现。从根本来看,当前人与动物之间关系失范、保护动物福利不能取得共识的主要原因在于以人类为中心的伦理观、发展观的持续存在。而实际上所有自然物都是有价值的,每一事物都有其优于它事物的品质,所有事物与众不同的属性一起才使世界变得丰富、灿烂。[7]因而,若要扩展公民对动物价值的认识范围,创造动物福利立法的积极社会氛围,首先需要放弃传统的以人类自身为中心的狭隘价值观念,并对动物本身重新做出全面评价。目前来看,需要从两个方面进行努力:

其一,从理论上深化动物伦理的内在本质认识。从现实看,人类作为食物链的中心与支配地位已经得到公认,其它食物链的部分仅能作为人类之工具而存在,但这并不能就说明人类可以肆意对待动物。和人一样,动物本身应该拥有某些我们不得损害的根本利益(即使存在个别可以损害的情形,那也是例外),哪怕是了为了是社会的功利最大化。⁸从人类文明发展的历史与传统来看,人类对待动物的态度直接关乎人的道德感和尊严。善待动物,是人类应有的一种价值倡导,也是人性慈爱温暖的一种具体体现,并非伪善。同时,实践证明,善待动物也会有利于人的道德感的培育,而残酷对待动物则会影响人的合理价值观的形成。英格兰历史上就曾规定,屠夫和医生不参加陪审团,因为他们习惯于看到死亡、心肠硬,会影响判断。⁹基于此,美国哈佛大学哲学教授玛莎·努斯鲍姆也指出,善待动物不只是同情和人道问题,一定程度上也是正义问题。¹⁰自联合国粮食及农业组织提出并积极倡导“食物伦理”概念以来,已经得到众多国家的积极响应,很多国家正在积极实践自身特色的“食物伦理”教育方式,如荷兰依托于大学开设专门的食品科学技术伦理与哲学教育课程;英国食品道德委员会建立专门的食物伦理教育网站,提倡建立更安全、更公平的食品体系、尊重动物福利和地球生态环境等;北欧国家建立食物伦理教育合作平台;日本专注于构建完善的食品技术人员伦理职业教育体制等。¹¹总之,人类对待动物方式的选择,应是人类自身理性反思与文明发展演进相结合的产物。在当前可持续的环境伦理观逐步得到世人认可、社会文明判断的标准逐渐提高、和谐社会理念正被国人积极实践的背景下,动物伦理理论应当在社会整体层面中得到积极解读、倡导,逐步扩大其社会影响力,以确保动物福利理念得到公众的积极认可。

其次,从常识上普及动物生理的基本知识。人类是社会动物,但实际上人类未必是唯一的动物,我们对动物所知越多(家养的和野生的),我们就越是对动物生活的社会需求和社会组织特征具有深刻

⁷ 据作者不完全统计,仅2016年8月份在搜狐、网易、新浪、凤凰网等主流媒体中披露的因严重虐狗事件所引发严重人际冲突及道德争议的典型事件至少有5起,分别是威海威某用车“拖狗惩罚”事件、深圳王某领养虐杀50多只狗取乐事件、抚顺等地频现“群犬战野猪”的血腥斗兽场牟利事件、成都廖某制作虐狗视频牟利遭裸体游街事件、石家庄赵某利用媒体平台传播活剖孕狗致死视频事件。在各地已经出台具体养犬行为规范与管理立法的背景下,仍频繁出现诸如此类严重挑战公众道德底线并引发人际冲突的事件,且该类现象在当前立法中并不能得到有效解决与抑制,不得不让人重新审视与反思当前各地养犬行为规范与管理立法的实效性。

⁸ 2016年8月28日山东省质监部门批准了专门性的《肉鸡福利屠宰技术规范》,该地方标准是全国首次制定的关于肉鸡福利屠宰的行业标准,对我国动物福利立法完善具有积极的示范意义

⁹ 参见《野生动物保护法》第7条。

¹⁰ 参见《城市动物园管理规定》第3条。

¹¹ 参见《实验动物管理条例》第5条。

印象。¹²科学研究表明,很多动物确实具有感觉能力,即能够感受到痛苦、伤害和不适。同时,某些动物还具有不同的思维方式,并能感知人类的情绪,进而能够和人类更加亲近,这些是动物福利理念及其制度产生的现实背景。需要强调的是,动物通常具有多种分类的标准,以是否具有感觉能力来进行区分,其主要依据是通过动物中枢系统的发育程度来进行判断。通常来说,所有的脊椎动物(哺乳动物、鸟类、爬行动物、两栖动物、鱼类)被认为是有感觉能力的,而大多数的无脊椎动物(如昆虫、甲壳类动物、蜘蛛、蜗牛、贝壳类)被认为是没有感觉能力的。¹³当然,这种区分也不具有绝对性,比如现在很多人认为,甲壳类动物,尤其是龙虾也具有感觉疼痛的能力。人类对不同的动物其感情是不一样的,当前动物福利立法关注的主要是这些具有感觉能力的动物。比较而言,动物伦理属于深层次的理论知识,而动物生理知识则属于浅层次的常识性问题。现实来看,“狗肉节”中披露的不人道的杀狗方式及各地频发的虐待动物现象显示出很多人缺乏深层次的动物伦理理念,也缺乏基本的动物生理知识,故在对待动物的生命与健康时缺乏应有的尊重与敬畏。

物质文明的发展极大缓解了人类物资匮乏的程度,可使人类利用动物的范畴得到有效缩减。而科学技术的进步、文明的发展也使得人类有条件、有理由对动物采取更人道的对待方式。总体来看,中国当前学界关于加快动物福利立法完善的问题基本上达成共识,但社会公众在面对该问题时还存在着诸多不同的声音。例如,对于是否支持立法禁止食用狗肉的问题,2016年中国社会科学院常纪文教授主持的在央视网上的调研数据显示:约3万人参与的调查中,64%的人支持立法禁止,24.4%的不支持,还有11.6%的人保持中立。¹⁴基于此,为了在社会层面进一步形成人性对待动物的积极氛围,除了加强动物伦理知识的理论宣传外,动物生理与心理常识的普及也应强化。而且,这种理论学习与常识普及还应该从人们教育的早期,即从幼儿园和中小学开始,通过各种形式的社会实践体会与相关理论知识学习相结合,促使公民从小就深刻体会并形成人性化对待动物的意识,在有利于其善良美德及正义感形成的同时也为动物福利立法创造积极的社会条件。

(二) 完善动物保护立法体系,为动物福利理念全面贯彻奠定法制基础

当前中国动物保护立法体系很不完善,动物保护范畴较窄、动物福利立法缺失是其主要缺陷,进而导致动物与人类之间的关系出现诸多失范现象。远景来看,各种不人道对待动物的现象终将被历史所抛弃,但这必将是一个生产者、消费者以及各种社会力量、文化之间进行诸多博弈和演进的进程。在该进程中,作为调整社会成员之间行为关系的基本规范以及维护社会稳定、确保国家各项事业有序发展的重要工具,法律必将起着根本性的作用。因而,若想有效贯彻动物福利立法理念,全面、完善的法制基础不可或缺。结合中国动物福利立法现状,在动物保护立法体系完善问题上,笔者以为下述几个问题应予以考虑:

其一,首要任务应扩大动物保护的范畴。如前所述,纳入立法保护范畴的动物种类过少是中国当前动物保护实践面临的重要困境,故适当扩大动物保护的范畴应是中国动物保护立法体系完善所面临的首要任务。参照国际层面动物福利立法涉及到的物种现状及国情现实,未来中国动物保护立法体系应该涵盖已被人类利用的、有感觉能力的动物主要种类:被人类圈养或者集中饲养的家畜;与人类之间存在着亲密关系,能够给人类带来诸多感情满足的伴侣动物;关在动物园或出现在动物展览上的圈禁动物;用于交通运输或农业劳作的役用动物;用于体育、消遣和娱乐的动物;受人类影响的野生动物以及实验动物。这些动物在中国有关动物立法中没有全部涉及,或虽有涉及但并没有纳入到保护的范畴之内,故无法全面贯彻动物福利理念。

其二,全面融合动物物种保护、动物利用行为管理与动物福利保护理念。从当前中国有关动物的立法体系来看,除了《中华人民共和国野生动物保护法》关注符合一定条件的野生动物保护,其它立法更多的是以利用动物的行为管理与规范为主,专门性的动物福利立法处于缺失状态。⁸2016年两会期间,禁止猫狗肉流入餐饮市场的提案获得广泛关注,并在网络上获得广泛支持,这表明动物福利立法已具有良好的社会民意基础。需要指出的是,虽然动物福利在国际层面的立法与实践日渐普及,但其伦理与哲学基础上的共识主要还是秉承人类中心主义,将动物作为人类的道德义务的客体去对待。当动物对人类的生命、健康、生存构成威胁或者人类为满足自身需要必须要牺牲动物的利益时,人们只能遵循人道福利的理念确保动物在其生命过程中被给予道德关怀,使动物尽可能地免除“不必要的痛苦”。¹⁵因而,通过立法对动物进行保护、对动物利用行为进行管理时积极融入动物福利理念也是为了更好地维护国家及公民自身的利益,加快完善动物福利立法是应有之义。

其三,遵循循序渐进原则。经济基础决定上层建筑,虽然动物福利理念已成为非人类中心主义环境伦理的重要组成部分,但若要上升为国家立法并形成完备的法律体系显然需要诸多条件支持。就中国动物福利立法的现实条件来看,尚存在诸多不利因素,如生产力水平较低、公众深层次的动物福利观念还较为淡薄、部分地区饮食文化与动物福利理念存在冲突等。因而,中国动物福利立法体系构建应该遵循循序渐进原则,以现实的社会条件及公众的价值或利益为基础,综合平衡国内外多方面的矛盾与冲突,找出一个既有利于动物福利保护,又有利于社会、经济、伦理、文化等稳定发展的动物福利法治之路。¹⁶

¹² 参见《动物防疫法》第14条第3款。

¹³ 参见《动物检疫管理办法》第6条。

¹⁴ 常纪文,刘凯,郭顺祯.中国狗肉节的国内外舆情分析与应对建议[EB/OL].(2016-06-06)[2018-03-20].<http://yuqing.people.com.cn/n1/2016/0606/c364391-28414559.html>.

¹⁵ 孙江.当代动物保护模式探析:兼论动物福利的现实可行性[J].当代法学,2010(2):132.

¹⁶ 常纪文.动物福利立法应考虑中国的基本国情[J].绿叶,2006(4):47.

就动物福利立法体系的具体构建策略来看,采取动物福利基本立法与特别立法相结合的方式显然更适合中国的具体国情,并具有现实的可操作性。基本法主要对动物保护福利立法的宗旨、具体原则、保护对象范畴、适用范围、基本法律制度、管理体制等作出明确规定,以指导动物福利特别法的制定。特别法主要是结合前述动物福利立法所涉及到的动物种类及其福利标准分别立法。采取该种立法方式的原因主要在于动物福利所涉及到的动物范畴较为广泛,而且不同动物之间福利的要求及标准存在着诸多差异性,单一的动物福利立法难以全面兼顾。现状而言,仅有《中华人民共和国野生动物保护法》一部直接涉及动物保护的立法,若直接把该法内容扩充成涵盖众多动物种类保护并兼顾动物福利的基本立法显然难以实现,故可以考虑将其内容修订加入动物福利条款、直接将其作为动物福利立法体系的一个特别法对待。在当前中国动物福利立法体系极不完善、动物福利问题日趋突出的现实背景下,动物福利基本法亟需出台,以对社会公众对待动物的行为提供法律上的指引、教育、评价等功能,最终形成人道对待动物的社会共识及氛围,同时对动物福利特别法的制定与完善提供立法依据。

(三) 构建完备动物福利保护制度体系,确保人与动物之间关系有序规范

因生活习性 with 生存环境不同,不同种类动物的福利需求显然存在差异。但就整体而言,完备的动物福利保护制度体系应该涉及以下几个方面:

1. 规范、有效的管理体制

当前来看,中国的动物保护与管理呈现出多样性、分散化的特点,比如国务院林业、渔业主管部门分别主管全国陆生、水生野生动物保护工作,县级以上地方人民政府林业、渔业主管部门分别主管本行政区域内陆生、水生野生动物保护工作;9国务院建设行政主管部门负责全国动物园管理工作,省、自治区人民政府建设行政主管部门负责本行政区域内的动物园管理工作,城市人民政府园林行政主管部门负责本城市的动物园管理工作,城市人民政府园林行政主管部门可以授权动物园管理机构来负责动物园的日常管理及动物保护工作;10国家科学技术委员会主管全国实验动物工作,省、自治区、直辖市科学技术委员会主管本地区的实验动物工作,国务院各有关部门负责管理本部门的实验动物工作。11另外,根据各地出台的养犬管理办法或条例看,公安机关一般是养犬管理工作的主管机关。实践来看,这种多样性、分散化的动物管理体制虽符合中国当前行政管理体制的基本特点,但在整体的动物的保护与管理方面未能形成合力作用,制度绩效性普遍不强。以各地普遍出台的养犬管理制度来看,除了公安机关是养犬管理工作的主管机关,工商行政管理、畜牧兽医、卫生和城市管理综合执法等部门也常被要求按照自身法定职责做好养犬管理工作。但现实是,公安机关常因自身管理队伍力量有限而无力面对数量巨大的犬只群体所带来的诸多社会问题,工商行政管理、畜牧兽医、卫生和城市管理综合执法等部门在解决犬只交易规范、犬只疾病预防、城市公共卫生安全等问题时效率也是差强人意,在各地普遍出台相关制度的背景下全国犬只保护、规范管理、福利保护等问题依然严峻。因而,解决动物福利问题,必须首先构建规范且有效的动物管理体制。

针对这种现状,笔者以为可采取以下措施来改善:其一,考虑到统一监督管理与分级、分部门监督管理相结合的模式仍将是未来很长时间内的动物管理体制,首先应该考虑提高当前模式的规范性,如进一步加强管理职责、细化管理措施、强化管理保障等,进而提高部门管理的实效性。其二,考虑到采取综合性执法与管理也是当前解决环境问题的主要方向,在动物各部门管理基础上应适时成立具有综合性、协调性、规范性、保障性、实效性特征的动物综合管理机构或机制,面对动物管理中的问题能够召集各有关部门及时协商、应对,进而使得各管理部门在整体上形成应对动物问题的合力。其三,应积极整合社会资源共同进行动物保护与管理。鉴于目前国家行政机关人财资源有限,以及民间动物保护组织数量较多、信息较全但普遍缺乏行政机关有力支持的现实,应该考虑适当吸收民间力量来积极参与动物方面的行政管理实务,以改进其工作的实效性,也可节约一定的行政投入成本。同时,应该积极出台相应的管理办法,采取多种有效措施积极支持民间动物保护组织的工作,适当时候可以授予部分专业性较强、影响较为广泛、组织体系较为完备的动物保护民间组织一些监督与管理的权力,以进一步激发其能动性及其动物保护作用的进一步发挥。

2. 完善的动物可追溯管理制度

可追溯管理制度的产生主要源于食品或产品安全管理的现实需要,其依托信息管理技术来实现食品、产品的生产过程还原以及应用历史轨迹追踪,进而实现对食品或产品的全过程管控。可追溯管理制度在中国动物有关立法中已得到初步体现,如经强制免疫的动物,应当按照国务院兽医主管部门的规定建立免疫档案,加施畜禽标识,实施可追溯管理;12动物检疫遵循过程监管、风险控制、区域化和可追溯管理相结合的原则。13显然,可追溯管理制度在中国当前动物立法中的作用主要体现为疫病管理与防范,在动物福利保护方面的作用尚未得到发挥。以目前引发较多社会关注的流浪狗管理问题来看,虽然各地出台的养犬管理立法普遍规定了犬只信息登记、免疫登记制度,但该制度一般仅涉及公安机关,对犬只管理负有管理职责的其他机关,如城管执法部门、兽医主管部门、工商、卫生等部门一般没有普遍性的犬只信息管理制度建设要求,同时部门间也缺乏相关信息共享机制,导致部门间养犬管理协调机制难以实质性建立与保障。现实中,公安机关作为养犬管理工作的主管机关虽然在解决流浪狗问题上存在着管理队伍力量有限、财力不足

等困境，但是犬只买卖门槛过低、饲养“始乱终弃”现象严重、流浪犬只处理不力等问题也是导致流浪犬问题日益严重的重要原因。因而，在动物管理与动物福利立法中，应该积极构建完善的可追溯管理制度，从动物的出生与饲养、疾病免疫、运输过程、销售记录、屠宰加工等环节都建立完善且可备查询的信息记载，同时这些信息在相关管理部门间能够实现资源共享，进而在促进动物管理规范化的同时，相关的动物福利保障条款也能够得到有效落实和保障。

3. 科学的动物福利标准制度

“福利”一词通常内含丰富，尽管人们大致理解其意思，但若是涉及细节问题，通常又会得到诸多不同解释。动物福利被界定为满足动物的基本需要虽得到初步共识，但考虑到种类、年龄、性别、体重等因素，动物福利理念的落实显然需要设定大量严格细化的福利标准以指导、规范与动物有关的社会主体行为。同时，只有满足了特定物种的特定福利标准体系，我们才能判定其是否处于福利状态。因此前述动物福利的“五大自由”原则只是基本框架，这些原则尚需要进一步转变成针对特定物种基本需要的详细说明。

当前来看，由于缺乏全面的动物福利立法，中国动物福利标准制度建设基本上处于空白阶段。相比较于国家层面，地方立法在动物福利标准制度建设方面开始进行积极尝试，典型如2016年8月山东省率先在全国出台《肉鸡福利屠宰技术规范》的地方标准，主要针对肉鸡的“任性”屠宰进行规范，确保屠宰前让其感觉舒适，没有恐惧和压力。现实中，超越道德底线虐待动物的野蛮行为之所以屡屡发生，缺乏完善、细致的动物福利之规范标准制度显然是重要因素之一，中国动物福利立法中福利标准制度体系的构建具有必要性。笔者以为，以下两个方面应予考虑：

其一，采取动物福利基本标准与具体标准建设相结合的原则。动物的福利状况应该依据其基本需要的满足状况进行判断，基于中国动物福利标准制度的缺失现状，以前述动物福利“五大自由”原则为核心的基本标准制度建设就具有突出重要性。首先，动物福利基本标准制度具有典型示范意义，可有效引领社会各主体形成善待动物的社会氛围，也可为地方性及部门立法奠定积极的行为依据。其次，动物福利内涵广泛，具体动物福利标准之间也存在着诸多差异性。在中国短期内具体物种的福利标准体系很难建立的现实下，体现了动物福利基本理念、内容及价值取向的基本标准制度将对人们对待动物的行为直接实现有效规范。同时，动物福利的全面与实质性维护必须建立在对不同物种基本需要的充分了解基础上，因而在动物福利基本标准制度指导下应充分利用科学证据、实践观察及经验加快其具体标准体系的建设。

其二，构建与时俱进的动物福利标准进化机制。客观、科学、完善的动物福利标准制度难以一蹴而就，因为标准的制定常依赖于相关知识的掌握情况，这些知识来自于诸多路径，但它们不可能长时间保持不变，它们需要不间断的更新，因而构建科学的动物福利标准进化机制就成为必然。另外，社会习惯也会随着时间变化，最终的动物福利标准必须能够对人们希望如何对待动物的行为及时进行规范。由此，当动物福利的导向出现创新时，其标准制度也应与时俱进地加以进化或发展。

4. 严格的动物福利保障制度

动物福利立法目标的实现有赖于设计良好的保障措施体系，一般而言，其核心应该涉及到以下几个部分：其一，保障主体的职责、权利和义务得到清晰界定。其中，任何单位、组织和个人都应有保障动物福利的义务，有权获得动物福利的相关信息，并有权检举和揭发违反动物福利立法的行为。动物监督管理机构、动物保护机构及其工作人员不履行动物福利立法规定的职责，导致动物福利受到损害的，任何单位、个人和组织均有权予以检举、控告。其二，动物福利保障措施得到全面实施。具体涉及细致的动物身份识别及管理制度、全面的动物档案管理制度、有悖动物福利保护的行为限制与禁止制度等。其三，法律责任制度得到严格贯彻。法律责任制度是保障措施的核心组成部分，其功能发挥的状况直接关系到立法目标能否实现。动物福利立法应该科学设置其责任制度体系、合理配置其责任实现方式，充分发挥责任制度的调节、控制、管理、惩罚、引导等功能。其四，全面的动物福利执法监督制度。具体涉及：有关行政机关在其行政执法过程中，依据其动物管理职责对动物福利保障措施的行政监督行为；有关主体针对损害动物福利行为依法提起的民事诉讼、行政诉讼、刑事诉讼等司法监督行为；各级政府需对本级人民代表大会及其常务委员会汇报涉及动物福利保障工作的人大监督行为；各社会主体通过新闻媒介对动物福利守法、执法等状况的舆论监督行为等。

四、结语

在现代社会，人类与动物之间的关系日益密切，某种程度上也蕴含了深刻的道德含义。“生命的每一种形式都是独特的，不管它对人类的价值如何，都应该受到尊重”，1982年《世界自然宪章》所宣示的人与自然关系的基本理念已得到世人广泛认可。同时，爱护动物与尊重生命不只是现代人的主张，也是世界上各国伟大文明理念的传统与实践。一个社会应该希望禁止那些被视为残忍的行为，这是可能的也是必需的。¹⁷

¹⁷ [英]考林·斯伯丁. 动物福利[M]. 崔卫国译. 北京: 中国政法大学出版社, 2005: 114.]

当前,虐待动物、不合理利用动物等社会现象已经在国内外引起诸多争议,对中国和谐社会构建、生态文明理念落实造成不利影响外,也阻碍着国家软实力在国际层面的进一步展示。因而,我们有必要对以往支配我们行为的与动物有关的道德、法律和文化理念进行反思,并结合时代发展需要对其加以改进,真正形成人与自然和谐发展的社会氛围。

参考文献:

- [1] [2] [英]考林·斯伯丁. 动物福利[M]. 崔卫国译. 北京:中国政法大学出版社, 2005:2;15.
- [3] [美]帕梅拉·D. 弗莱舍等. 动物法精要[M]. 孙法柏等译. 天津:南开大学出版社, 2016: 260.
- [4] [5]刘风景. 立法目的条款之法理基础及表述技术[J]. 法商研究, 2013(3): 48;49.
- [6] 曹茵艾. 动物非物:动物法在西方[M]. 北京:法律出版社, 2007: 196.
- [7] [美]罗尔斯顿. 哲学走向荒野[M]. 刘耳,叶平译. 长春:吉林人民出版社, 2000:221.
- [8] [美]戴维·德格拉齐亚:动物权利[M]. 杨通进译. 北京:外语教学与研究出版社, 2015:31.
- [9] 李铁. 动物伦理,为了人的尊严[N]. 南方周末, 2012-04-13(01).
- [10] 薛巍. 动物伦理学[EB/OL]. (2012-02-19) [2018-03-16]. <http://www.lifeweek.com.cn/2012/0229/36529.shtml>.
- [11] 王鹏,郭丽. 国外农业与食物伦理教育的发展与启示[J]. 中国食物与营养, 2011(9):22.
- [12] [美]汤姆·雷根. 动物权利研究[M]. 李曦译. 北京:北京大学出版社, 2010:83.
- [13] [英]考林·斯伯丁. 动物福利[M]. 崔卫国译. 北京:中国政法大学出版社, 2005:42.
- [14] 常纪文,刘凯,郭顺祯. 中国狗肉节的国内外舆情分析与应对建议[EB/OL]. (2016-06-06) [2018-03-20]. <http://yuqing.people.com.cn/n1/2016/0606/c364391-28414559.html>.
- [15] 孙江. 当代动物保护模式探析:兼论动物福利的现实可行性[J]. 当代法学, 2010(2):132.
- [16] 常纪文. 动物福利立法应考虑中国的基本国情[J]. 绿叶, 2006(4):47.
- [17] [英]考林·斯伯丁. 动物福利[M]. 崔卫国译. 北京:中国政法大学出版社, 2005:114.]

绿色专利政府合理干预机制研究

Исследование рационального государственного механизма вмешательства в развитие технологий «Зеленый патент»

Study on Reasonable Government Intervention Mechanism of Green Patent

郑书前¹

河南大学 法学院/知识产权学院, 河南开封 475001

pangdongmei71@163.com

Чжэн Шуцянь,

Юридический институт, Институт интеллектуальной собственности Хэнаньского университета, КНР

Zheng Shuqian,

Law/Intellectual Property School of Henan University, Kaifeng

© Чжэн Шуцянь, 2020

摘要: 全球气候变暖和低碳经济发展的双重压力,使得绿色技术的开发和应用受到全球普遍关注。人们希望通过绿色技术的加速研发和扩散解决环境问题并促进低碳经济发展。专利制度对此有必要做出回应。创新的绿色专利审查制度和绿色专利实施制度,是解决环境问题和促进绿色发展的重要途径。虽然专利制度主要体现私权主体的意志,但适度和合理的政府干预必不可少。发挥政府干预在绿色专利制度中的正面作用是保障绿色专利制度能够合理建立和实施的关键点。

绿色专利的政府合理干预具有正当性基础,主要基于三方面的需要:气候问题的公共物品属性的应对需要、绿色技术创新和扩散的需要、合理的公权介入和专利制度协调的需要。解决气候问题属于典型的公共物品,需要各国政府承担其干预绿色专利的义务。通过政府合理介入绿色专利制度,绿色专利审查制度能够促进绿色技术创新,绿色专利实施制度能够促进绿色技术扩散。处理好政府公权介入和专利的私权属性之间的关系,保持二者的良性平衡,才能促进绿色专利制度的健康发展。

政府介入绿色专利制度,主要体现在环境部门参与绿色标准界定和绿色专利的加速审查制度两个方面。各国专利制度对绿色专利的规定各不相同。吸收别国经验,从我国实际国情出发,可以从三方面把握绿色标准:法律明确规定绿色发明的定义;环保部门出台专门的绿色技术分类表;环保部门和专利管理部门建立工联合作机制,进行绿色专利的审批。绿色专利的加速审查制度,已经成为多国的专利制度创新。我国绿色专利加速审查制度中的政府干预应考虑三方面因素:不应降低绿色专利的审查质量;不影响普通专利的审查质量;提高整体专利审查能力。

绿色专利实施的政府合理干预包括两个方面:绿色专利联盟的政府引导和绿色专利实施强制许可的公共利益实现。由于绿色专利联盟承载了环境权益的目标,所以政府干预和适度引导对于绿色专利联盟的建立必不可少。政府的引导从三方面入手:将政府优惠措施纳入地方经济社会发展规划;政府优惠措施按照联盟成员提供的绿色专利价值来确定;避免作出直接的行政干预。专利法中的专利实施强制许可制度本身的薄弱和不足应当予以弥补。在此基础上,绿色专利实施的强制许可制度建设主要做好两方面工作:通过专利法规定公共利益定义,将为了环境保护目的的绿色专利强制许可纳入到公共利益目的的专利实施强制许可中;环境立法应当和绿色专利实施强制许可制度对接。建议在专利法中增加公共利益的定义:公共利益包括国防需要、环境保护、公共健康目的等,具体由国务院专利行政主管部门确定。在专利法实施细则中增加规定:为了公共利益目的的环境保护,可以强制许可实施环境友好技术。环境友好技术是指能节约资源和能源、减少和避免环境污染的技术。

关键词: 绿色技术 政府干预 专利加速审查 绿色专利联盟 专利实施强制许可

Abstract. Double pressure from global warming and development of low carbon economy makes research and development of green technology to be global attention. We hope to solve environmental problems and promote low-carbon economic development by green technology accelerating research and diffusion. Patent system is necessary to make a response to it. Innovative examination and enforcement system of green patent is important way to solve environmental problems and promote green development. Although patent system mainly embodies the will of private rights subject, moderate

¹ 作者简介: 郑书前(1973-),男,河南温县人,河南大学法学院/知识产权学院副教授,法学博士,主要研究方向为知识产权法学。

and reasonable government intervention is necessary. Among it, playing a positive role of government intervention is the key point of ensuring green patent establishment and enforcement.

Government reasonable intervention of green patent has its legitimacy, mainly basing three needs: public goods property of addressing climatic issues; green technology innovating and diffusion; coordination of reasonable public power intervention and patent system. Solving climatic issues belongs to typical public goods. That needs governments undertaking obligations of green patent intervention. Through government reasonable intervention of green patent system, green patent examination system can promote green technology innovation and green patent enforcement system can promote green technology diffusion. Handing well relationship between government public power intervention and private rights property, and maintaining a healthy balance, will promote green patent system healthy development.

Government intervention of green patent system, is mainly embodied in two sides: one is environment department participation in standard definition, the other is green patent accelerating examination system. Green patent definitions are different in various countries patent system. Learning from other country experience and basing our country actual condition, we can grasp the green standard: the law specifies the definition of green invention; environmental protection administration introduce specialized green technology classification table; environmental protection administration and patent administration establish a joint working mechanism to examine patent. Green patent accelerating examination system has been patent system innovation in many countries. Government intervention in green patent accelerating examination system should consider three factors: green patent examination quality should not be reduced; general patent examination quality should not be affected; overall patent review capacity should be improved.

Government reasonable intervention of green patent includes two sides: government guidance in green patent pool and realization of public interest in compulsory licensing of green patent. Because green patent pool loads environmental rights and interests target, government intervention and moderate guidance is necessary to build green patent pool. Government guidance starts from three aspects: preferential government measure will be incorporated into the local economic and social development plan; preferential government measure will be determined by the value of green patent from the pool member; direct administrative intervention should be avoided. In patent law, weakness and deficiencies of compulsory patent licensing system should be remedied. On this basis, two sides work should be done well in compulsory green patent licensing system. One is the definition of public interests should be stipulated in patent law. Then compulsory green patent licensing of environmental protection purpose can be incorporated into compulsory patent licensing of public interest purpose. The other is environmental legislation should be docked with compulsory licensing system of green patent. We suggest the definition of public interest added in patent law: public interest includes national defense needs, environmental protection, the public interest purpose and so on, determined by the patent administrative department under the state council. The provisions should be added in detailed rules for the implementation of the patent law: For environmental protection of public purpose, environmental friendly technology can be compulsory licensed. Environmental friendly technology is made up of those can save energy and resources, reduce and avoid environmental pollution.

Keywords: Green Technology; Government Intervene; Accelerated Patent Review; Green Patent Pool; Patent Compulsory License.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.066-071

随着全球气候变化问题的日益严重和低碳经济逐渐成为各国追求的主要发展模式，绿色专利制度设计越来越成为全社会关注的焦点。有大量的科学证据表明，地球气候变化正在发生，最大特征是全球变暖。全球气候变化直接威胁到人类生活的基本条件，包括可资利用的水资源减少、生态系统适应性减弱、海岸带受到侵蚀、粮食减产、数千万人口的健康状况下降等一系列问题正在或即将发生。而全球气候变化的原因，主要是人类过度发展的工业经济，大规模的温室气体排放引起了全球变暖。同时，高度依赖能源、资源消耗的经济增长模式注定是不可持续的，全世界尤其是发达国家积极寻求工业经济向低碳经济的转型。在全球气候变暖和低碳经济发展的双重压力下，绿色技术（green technology）²的开发和应用被寄予厚望，人们希望通过绿色技术的加速研发和扩散解决环境问题，并促进低碳经济发展。

² 绿色技术，也可以称为低碳技术（low-carbon technology），环境技术（environmental technology），环境友好技术（environmental friendly technology）。本文中这几个术语通用。

由于绿色技术的研发和扩散主要受到专利制度的规范和保护，绿色专利的重要性由此凸显出来。虽然专利制度主要是体现市场主体的意志，但是适度合理的政府介入机制必不可少。政府通过合理方式，在合理限度范围内对绿色专利的审查和实施进行基于公共利益目的的干预，是绿色专利应对全球气候变化难题和促进低碳经济发展的重要内容。

一、绿色专利政府合理干预的正当性

(一) 气候问题公共物品属性的应对需要

公共物品是一个经济学的专业术语。公共物品必须具备两个特征中的一个或两个：一是消费的无竞争性（non-rivalness），二是消费中无排他性（non-excludability）。³按照这个标准，与气候变化相反的气候稳定即属于公共物品，它符合消费的无竞争性和无排他性特征。因为任何主体从气候稳定中获得的好处不会影响其他主体的受益，且没有参与治理气候问题的主体同样可以享受气候稳定带来的益处。由气候问题的公共物品属性所决定，对于全球气候变暖，要么是各国都希望“搭便车”，不付出治理环境的代价却收获他国减少温室气体排放带来的益处；要么是全球气候成为“公地悲剧”，每个国家都力图最大化本国利益，直至全球变暖趋势不可逆转，最终人类的生存环境彻底恶化。

基于上述分析，全球气候问题的解决必须由各国政府出面，积极开展应对全球气候变化的治理行动，如节能减排、研发和扩散绿色技术等。因此，负责任的国家应当承担其干预绿色专利的政府义务，这是出于克服全球气候变暖的人类共同难题的需要；而且政府的干预义务无法由市场主体所取代，这是由气候问题的公共物品属性所决定的。

(二) 绿色技术创新和扩散的需要

从绿色技术创新的角度来说，政府在鼓励绿色技术创新方面扮演了一个重要角色。除了提供补贴、税收抵免和对绿色科技进行投资以外，政府还能够通过专利制度鼓励绿色技术的生长和公众参与，对绿色技术的强有力的专利保护能够导致增加私人投资、创造绿色工作岗位和绿色技术的持续进步。⁴政府对绿色技术不仅仅是提供了专利制度保护，而且政府在绿色专利中也可以而且应当发挥一定的干预作用，在特定范围和特定程度上介入到绿色专利的审查和实施中，从而推动绿色创新。

从绿色技术扩散来说，专利权人基于自身利益最大化考虑，对于无法满足其专利转让费或许可费的绿色技术需求方，可能会拒绝进行专利贸易。而政府运用其对专利政策的影响力，推动有利于绿色技术转移的专利实施项目，或者政府机构通过强制许可等方式介入绿色专利的实施中，这些都能有效地促进绿色技术扩散。正如有学者所言，关于新的环境技术的扩散，国内和国际层面的改革是必须的。至少，信息交易机制应该建立起来，财政刺激应该被提供给新环境技术的开发者，由知识产权所产生的扩散障碍也必须被去除。⁵这些措施必须由政府来提供，也就是说，政府通过对现有法律机制进行干预，对绿色专利的实施提供必要的制度条件，以便更好地促进绿色专利的扩散。

(三) 合理的公权介入和专利制度的协调需要

专利作为知识产权的一种，是典型的私权，代表的是市场的力量。政府干预在知识产权制度中的作用，主要是创造良好的法律和政策环境。⁶在绿色专利的制度安排中，合理的公权介入和专利制度的协调显得更为重要。一方面要保证公权介入符合知识产权的特点和本质。知识产权的公共政策属性应当内化于法律体系之中，不应该成为强化公权主动介入的法理依据。另一方面要警惕公权力过多介入窒息创新效应，专利制度要为创新营造宽松的环境。⁷绿色专利制度的政府干预，实出于必须和必要而为之，同时又要在保障专利制度鼓励绿色创新的前提下保持公权介入的合理限度和方式。协调好合理的公权介入和专利制度的关系，是保证绿色专利制度健康发展的应有之义。

二、绿色专利审查的政府合理干预

(一) 绿色标准界定的环境部门参与

从专利制度角度出发，对所有类别的技术应该是同等和无差别对待的，这样才能符合技术中立原则的要求。但是，当某类技术关系到社会重大利益时，专利法律制度也可能设定专门针对此类技术的专利规则，这方面最典型例子是药品专利。专利体系的存在是让专利权人享有对授权产品的生产、销售、进口及使用的排他权，因能以较竞争性市场更高的产品价格获取利润，而能鼓励创新。但药品价格如因专利的授予而居高不下，也会影响公共政策的实施。⁸基于此，国际层面才有WTO对TRIPS专利强制许可条款针对药品专利的修改。与药品专利情形类似，区分绿色技术和传统技术并规定绿色专利的有关规则，实乃出于社会发展对绿色技术的急迫和重大需要。这种区别对待，显示了政府公权力对专利制度的必要介入。

对绿色专利设定专门的审查制度，首先是要准确界定“绿色”技术的标准。对于何谓“绿色”专利，各国专利制度的规定有所不同。英国知识产权局采取的是最宽泛标准，专利申请只需在其专利申请书中做

³ Paul A Samuelson. The Pure Theory of Public Expenditure. The Review of Economics and Statistics, 1954, 36(4):387-389.

⁴ Patrick Gattari, Role of Patent Law in Incentivizing Green Technology, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, Vol.11, Issue2(2013).

⁵ Natalie M. Derzko, Using Intellectual Property Law and Regulatory Processes to Foster the Innovation and Diffusion of Environmental Technologies, The Harvard Environmental Law Review, Vol20, Issue3(1996).

⁶ 吕炳斌：《建设创新型国家背景下的知识产权保护》，知识产权出版社2010年版，第7-8页。

⁷ 孔祥俊：《中国知识产权保护的创新和升级》，法律出版社2014年版，第55-56页。

⁸ 朱怀祖：《药品专利强制许可研究》，知识产权出版社2011年版，第74-75页。

出其发明具有环境效益的合理声明即可。韩国知识产权局对绿色技术的定义是最为严格的，要求专利申请局限于政府分类的绿色技术的范围内，还要求申请人提交其发明符合绿色技术要求的陈述的检索报告。美国联邦专利和商标局对绿色的界定比较有特色，首先是对绿色技术做了总体要求，即发明实质上提高环境质量，或者有助于开发可再生能源、有效利用或节约能源、减少温室气体排放；另外还设定有专门的监督程序审查员，负责审查发明专利是否符合绿色标准。⁹

对于我国的绿色专利申请而言，应当吸收别国的有益经验，同时考虑实际国情，从三方面把握绿色标准。第一，从法律明确规定来说，制定《绿色专利申请优先审查办法》，其中明确规定绿色发明的定义，即有益于环境的技术，包括可再生能源的开发、有效利用和节约能源资源、减少温室气体排放及治理环境污染的技术等。第二，由国务院环境保护部门出台专门的绿色技术分类表，作为绿色专利申请的参考依据。第三，由国务院环境保护部门和专利管理部门建立联合工作机制，环境保护部门负责对绿色发明的专利申请资格作出审查和判断，再将此结论提供给专利管理部门，由后者进行绿色专利申请的加速审查。

（二）绿色专利的加速审查制度

绿色专利申请的加速审查，相对于其他非绿色专利申请而言，受到了“特殊优惠”对待。加速绿色专利审查，也就意味着专利局对非绿色的传统专利申请的审查相对延后。政府对绿色专利进行的加速审查，是对传统专利审查制度的一种公权力干预行为。这种政府干预的目的是为了促进绿色技术的开发和扩散，最终有助于全球环境问题的解决，包括限制温室气体向大气排放。从这个意义上说，绿色专利加速审查计划甚至被赋予了“拯救地球”的使命。¹⁰

世界上许多国家已经或者准备实施促进绿色创新的绿色专利加速审查制度，如英国、韩国、日本、美国、加拿大、澳大利亚、以色列等国的知识产权局都已经开展了类似的项目。我国也有类似的制度，即2012年6月19日国家知识产权局通过的《发明专利申请优先审查管理办法》，其针对的优先审查范围包括了绿色技术。¹¹除了从加速审查本身做合理的制度设计，以实现绿色专利申请的快速授权目的之外，政府干预应该有三方面的考虑。第一，这种对专利审查制度的干预不应降低绿色专利的审批质量。通常的发明专利申请需要经历较长的审批周期，能够从严格的审查程序保证专利授权的质量，而对于绿色发明的加速审查，不能以降低审查标准和审批质量来达到缩短审查时间的目的。目前我国的优先审查期限为，自优先审查请求获得同意之日起一年内结案。实践中，国家知识产权局对绿色发明专利申请的优先审查，应兼顾保证审查质量和缩短审查时间两种目标的实现。第二，对绿色发明专利优先审查，不应影响到普通专利审查的进程。这涉及到专利审查的程序正义问题，可以通过罗尔斯“正义论”的第二个原则“差别原则”予以解读。差别原则规定了经济和社会福利领域的不平等权利的适用范围和条件，要求社会利益和经济利益的不平等分配应该对处于社会最不利地位的人最有利。相对于绿色发明专利申请得到加速审查的“优惠对待”，普通专利审查的周期不应因之被拖延。因此，绿色发明专利优先审查所需要的审查效率提高来自于国家知识产权局审查部门和审查员整体审查效率的提高，而不应来自对普通专利审查效率的降低，不应“挖东墙补西墙”。第三，绿色专利申请的加速审查制度，应该置于更大的专利审查制度改革背景下，才能成为“有源之水”和“有本之木”。在专利审查整体制度改革和整体效率提高的背景下，将提高的审查效率作为资源优先配置给绿色专利的加速审查。从政府干预角度来说，应当加大对国家知识产权局的财政和人才支持，将专利审查能力建设作为建立创新型国家的一个重要和基础性工作。

三、绿色专利实施的政府合理干预

（一）绿色专利联盟的政府引导

从绿色专利的实施角度来说，市场主体自发和孤立的专利许可行为必然是无序和盲目的。建立绿色专利联盟，通过强强联合，集聚现有的绿色专利，发挥专利组合的优势并通过联盟进行批量许可，可以大大加快绿色技术向全社会扩散的进程。但不同于一般专利联盟的是，专利权人组建绿色专利联盟主要或者兼顾环境权益，可能会损及其自身商业利益。因此，绿色专利联盟的成立和运作相比于普通专利联盟更为困难，专利权人可能基于企业的社会责任包括树立良好的公共形象的追求，或者由政府机构给与一定的政策优惠，才可能促成绿色专利联盟的组建。¹²由于绿色专利联盟承载着环境权益的目标，对于环境权益这样的公共利益来说，政府引导和必要的干预是不可或缺的。如果任由绿色技术专利权人自由行动的话，要么是绿色专利联盟无从得以成立，要么是成立的绿色技术联盟违背环境公共利益目标而“沦陷”为专利权人

⁹ Eric L. Lanet, Building the Global Green Patent Highway: A Proposal for International Harmonization of Green Technology Fast Track Programs, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 27, Issue 2 (Fall 2012).

¹⁰ Amanda Patton, When Patent Office Become Captain Planet: Green Technology and Examination Programs in the United States and Abroad, Intellectual Property Brief, Vol. 3, Issue 3 (August 13, 2012).

¹¹ 发明专利审查优先审查管理办法》第4条规定的适用对象包括四类。前两类分别是：涉及节能环保、新一代信息技术、生物、高端装备制造、新能源、新材料、新能源汽车等技术领域的重要专利申请；涉及低碳技术、节约资源等有助于绿色发展的重要专利申请。第一类很明显是对绿色技术的具体列举，而第二类是对绿色技术的总体概括。前两类所规定的绿色技术发明专利申请可以予以优先审查。第三类是就相同主题首次在中国提出专利申请又向其他国家或地区提出申请的该中国首次申请。这类申请得到优先审查，目的是为了在获得国际优先权方面节省国内审查时间，从而不至于比在他国专利审查效率落后，这是专利审查层面的国际竞争。第四类是其他对国家利益或者公共利益具有重大意义需要优先审查的专利申请。这是弹性条款的规定，目的是将其他可以适用优先审查的发明纳入在内。

¹² 郑书前：《我国绿色专利联盟构建的法律思考》，载《电子知识产权》2013年第11期。

攫取个人私利的“锐器”。绿色专利联盟的组建，应该是市场和政府两种力量的结合，其中市场力量是基础，绿色技术专利权的存在代表的是市场力量；而绿色专利联盟环境公益目标的实现，必须通过政府引导的方式。市场的自由竞争和政府引导之间表现为互补与替代的关系。一方面，要发挥市场的基础性调节作用，即通过各方竞争所驱使的价格波动来调节资源的流动，实现各部门协调发展，达到经济结构的均衡与变迁，这显示了经济结构中政府与市场的互补性关系；另一方面，市场经济条件下，市场机制对有正外部性的资源配置低效率、市场调节低效率，需要政府提供公共服务来调整，这显示了经济结构变迁中政府与市场的替代性关系。¹³绿色专利联盟的组建，显现了政府和市场的互补性和替代性关系，其中如何发挥政府引导的作用尤其值得关注。

以国际上著名的绿色专利共享计划（the ECO-patent Commons）为例，2008年世界可持续发展工商理事会（the World Business Council for Sustainable Development, WBCSD）发起和管理，专利权人选择可以捐赠的专利，WBCSD则从中选择对环境有益的专利，参加项目的专利公开于WBCSD的一个网站上。¹⁴任何人都可以查询和免费实施项目中的绿色专利技术。截止于2011年底，博世、美国陶氏、杜邦、富士施乐公司、惠普、IBM、诺基亚、必能宝、日本理光、索尼、日本大成建设、施乐等十二家公司已经授权将100余项专利投放到公共领域。这些专利技术将直接或间接改善或保护地球的生态环境。

从我国的专利联盟来看，政府往往发挥着重要作用。随着国家知识产权战略的推进，各级地方政府对专利联盟的建设也越来越重视，开始积极主导成立专利联盟，并且取得了较好的成果。¹⁵而从绿色专利联盟的性质来说，其承载着环境公益的目标，是为了激励绿色技术创新和转移，其设立缺乏专利权人获取商业利益的市场冲动，故政府引导的优惠政策显得更为重要和必要。从发挥政府优惠政策的引导作用来看，主要应从三方面着手。第一，将绿色专利联盟政府引导的优惠政策纳入当地经济社会发展的规划框架，系统地提供各种政策优惠，并将各种优惠措施形成合力。成立绿色专利联盟，要根据当地的实际情况，如具有绿色专利的数量和质量优势，具有实施绿色专利的良好产业基础等，在具备成立条件的地区，当地政府应将绿色专利联盟的组建当做经济社会发展规划的重要部分进行充分地重视和设计，由当地政府牵头，通过财政、金融、税收、政府采购等部门提供和保证投资、信贷、税收和政府采购方面的优惠措施出台和落实，而且这些优惠措施之间要相互配合，根据绿色专利联盟的具体需要设计合理的优惠措施组合方案。第二，政府对绿色专利联盟成员提供的优惠措施，应当按照各成员提供的绿色专利价值来合理确定。在联盟成员提供各自所有的绿色专利之后，应当进行专利的价值评估，根据各成员提供专利的数量、质量评估合理的专利价格，再根据价格高低确定各成员所享受的优惠措施范围和程度，成员所提供的绿色专利价格和其享受的政策优惠应呈正相关关系。第三，政府对绿色专利联盟优惠政策的提供，应避免做出直接的行政干预。政府向绿色专利联盟提供的优惠措施，从性质上来看属于政府公权力对社会经济生活的合理介入，但这种合理介入应保留在联盟及其成员的市场化运作之外，不能因为绿色专利联盟中政府引导的重要地位而进行直接的行政干预，更不能“越俎代庖”，对联盟成员的经营行为发号施令，否则政府引导的优惠措施将会蜕变为侵犯市场主体私权利的行为。

（二）绿色专利实施强制许可的公共利益实现

除了市场自发的绿色专利许可外，在特定情形下，有必要通过专利强制许可制度实施绿色专利，以达到促进绿色技术实施的目的。与其他国家相比，我国专利法中的强制许可制度较为薄弱，存在许多不足，如对强制许可限制过严、程序过于繁杂，许多规定超过TRIPS规定的要求。¹⁶实践中，我国的国家知识产权局还没有颁发过专利的强制许可令。绿色专利实施强制许可在我国专利法的规定中还处于空白状态。应当大力发挥有关政府机构在实现公共利益方面的职能，使得绿色专利实施强制许可为推动我国绿色产业发展和解决环境问题有所裨益。对于环境技术来说，完全可以通过目前专利法中的公共利益目的强制许可来实现，无需突破目前的强制许可制度框架。但是，需要将公共利益在绿色专利强制许可中明确规定出来，并通过相关机制得到保障。现行《专利法》第49条规定了公共利益目的的强制许可，这种强制许可不需要被许可人的申请，由国家知识产权局直接颁发。但是法律并未明确公共利益的内涵，因此该条规定操作性较差。对于公共利益的涵义，各国法律解释不一。但是相对而言，发展中国家解释的范围较宽，发达国家解释的范围较窄；而且随着科技进步和社会经济发展，公共利益的涵义也会发生变化。但是，改善环境作为全世界共同面临的难题，其作为公共利益是无可非议的。建议在《专利法》第49条基础上增加一款规定，公共利益包括国防需要、环境保护、公共健康目的等，具体由国务院专利行政主管部门确定。建议在《专利法实施细则》第73条中增加一款作为第2款，规定为了公共利益目的的环境保护，可以强制许可实施环境友好技术。环境友好技术是指能节约资源和能源、减少和避免环境污染的技术。

从环境立法角度，有必要规定与环境技术强制许可对接的规则。否则单靠专利法对强制许可的规定，难以使环境技术强制许可落到实处。2014年4月24日修正的《环境保护法》没有对环境技术给予应有的重视，在第一章“总则”中只有第7条概括规定了“国家支持环境保护科学技术研究、开发和应用，鼓励环境保护产业发展，促进环境保护信息化建设，提高环境保护科学技术水平。”在第三章“保护和改善环境”、第四章“防治污染和其他公害”中没有专门规定环境技术条款。笔者以为，环境技术尤其是绿色专利在环境

¹³ 陈继勇，姚博明：《中国服务经济结构演进的机制选择研究——基于政府与市场关系的视角》，载《珞珈管理评论》2012年第1期。

¹⁴ 该网站网址为：<http://www.wbcd.org/work-program/capacity-building/eco-patent-commons.aspx>。

¹⁵ 丛珊，孙向民：《关于政府在企业专利联盟构建与发展中作用的探讨》，载《中国发明与专利》2012年第12期。

¹⁶ 林秀芹：《TRIPS体制下的专利强制许可制度研究》，法律出版社2006年版，第420页。

法律制度中的地位应该得到进一步提升和重视，不仅仅是停留在原则性规定的“纸面支持”上。在未来修改《环境保护法》时应增加环境技术条款，其中明确规定：当发生严重的环境污染或者基于改善生态和生活环境的必要，国务院环境保护主管部门有权对有关的环境技术予以推广和应用，包括向国务院专利主管部门提出环境技术专利强制许可的建议。同时可以研究国家环境保护主管部门推广和应用绿色技术的法定职责问题，未来可以通过合理的方式将其固定下来。这样就能和公共利益目的的专利强制许可的“建议程序”¹⁷紧密衔接起来，真正使得绿色专利的强制许可从法律条文走向社会实践。

四、结语

绿色专利制度中，政府干预机制如何合理地介入，如何使得绿色专利的审查和实施既保证科学性和合理性，又进一步发挥绿色专利对于解决环境问题和促进绿色产业发展的促进和激励作用，值得进行深入研究和探讨。在通过绿色技术解决气候问题和促进绿色产业发展的实践中，如何合理运用政府和市场两种力量，如何确定政府合理干预和市场自由发展的边界，值得进行大胆尝试和提炼总结。本文只是就其中的一些原则性问题进行简要分析，期待该领域的理论研究和实践探索的不断进步。

（作者简介：郑书前，男，1973年生，河南温县人，河南大学法学院/知识产权学院副教授，法学博士，主要研究知识产权法学。联系电话：13938632769。邮编：475001。地址：河南省开封市明伦街85号河南大学明伦校区法学院办）

¹⁷ 2012年国家知识产权局制定的《专利实施强制许可办法》第6条创造性地规定了启动强制许可的“建议”程序：在国家出现紧急状态或者非常情况时，或者为了公共利益的目的，国务院有关主管部门可以根据专利法第49条的规定，建议国家知识产权局给予其指定的具备实施条件的单位强制许可。

Права человека

Защита конституционных прав и свобод граждан России в правовом институте регулирования миграционных процессов¹ Protection of Constitutional Rights and Freedoms of Russian Citizens in the Legal institute of Regulation of Migration Processes

В. И. Евтушенко,
кандидат юридических наук,
заведующий базовой кафедрой
Белгородского государственного национального исследовательского университета
77712@live.ru

V. I. Yevtushenko,
PhD in law, Head of the basic Department of the
Belgorod state national research University

© В. И. Евтушенко, 2020

Аннотация. В статье проанализировано место экологической миграции в международном праве и внутригосударственных правовых системах отдельных государств. Отмечено, что экологическая миграция является одним из видов вынужденной миграции, которая, несмотря на широкое обсуждение международной и научной общественностью необходимости создания международного и внутригосударственных правовых механизмов ее регулирования и защиты прав и свобод экологических мигрантов по аналогии с эффективно функционирующей в мире и отдельных государствах системой защиты классических беженцев — лиц, покинувших государство своей гражданской принадлежностью или постоянного места жительства по причине преследования по признаку расы, вероисповедания, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений, официально не признана в мире и не имеет соответствующих механизмов международной и внутригосударственных механизмов защиты.

Ключевые слова: экологическая миграция, вынужденная миграция, беженец, экологический беженец, временное убежище, внутриперемещенное лицо, вынужденный переселенец.

Abstract. The article analyzes the place of environmental migration in international law and domestic legal systems of individual States. The article notes that environmental migration is one of the types of forced migration, which despite the wide discussion by the international and scientific community of the need to create international and domestic legal mechanisms for its regulation and protection of the rights and freedoms of environmental migrants by analogy with the effectively functioning in the world and individual States system of protection of — persons who have left the state of their nationality or permanent residence because of persecution on the basis of race, religion, nationality, belonging to a certain social group or political opinion are not officially recognized in the world and do not have appropriate international and domestic mechanisms for their protection.

Keywords: ecological migration, forced migration, refugee, ecological refugee, temporary asylum, internally displaced person, internally displaced person.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.072-077

Несмотря на большое количество научных работ в сфере социально-правовых исследований миграционных процессов, до сих пор отсутствует единый подход к определению пра-

вовой категории «миграция населения» и не существует его однозначного, всеми признанного понятия. Так, например, по состоянию на начало XX в. В. А. Ионцевым было выявлено около 63 раз-

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-011-00243А.

личных концепций и теорий миграции и, соответственно, определений понятия «миграция»². Подробный мониторинг научных изданий по данному вопросу не проводился, но по состоянию на 2019 г. количество концепций и определений понятия «миграция» однозначно возросло.

Определения понятия конкретных видов вынужденной миграции, трудовой миграции и т.д. носят, как правило, более четкий и общепризнанный характер. Особенно это касается международно-правового регулирования защиты такой категории вынужденных мигрантов, как беженцы. Конвенция ООН 1951 г. «О правовом статусе беженца» и протокол 1967 г. к ней не только сформулировали определение «беженец», но и определили тот минимальный объем прав и свобод, который предоставляет этой категории вынужденных переселенцев принимающее их государство. Данные международные соглашения ратифицированы 144 государствами мира (по состоянию на 1 января 2016 г.), а определение понятия «беженец» воспринято соответствующим законодательством большинства стран мира.

Общее понятие «вынужденная миграция» официально не сформулировано ни на международном, ни на внутригосударственном уровне. Но, если данный вид миграции рассматривать как перемещение населения, которое вынуждено покинуть место своего постоянного жительства в связи с какими-либо причинами, угрожающими их жизни, здоровью, свободе или нарушающими другие права и свободы человека и гражданина, ее определение не ограничится только вынужденной миграцией беженцев — лиц, покинувших государство своей гражданской принадлежности или постоянного места жительства по причине преследования по признаку расы, вероисповедания, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений.

К менее отрегулированной в международном и внутригосударственном праве отдельных государств является вынужденная миграция так называемых внутриперемещенных лиц, которые мигрируют по тем же основаниям, что и беженцы, но в то же время они не покидают страну своей гражданской принадлежности или постоянного места жительства. Несмотря на то, что международное сообщество считает регулирование такого рода миграционных процессов в большей степени

внутригосударственной задачей, головной орган ООН по работе с беженцами — управление Верховного комиссара по делам беженцев ООН (УВКБ ООН) неоднократно подчеркивало сходство правовых статусов беженца и внутриперемещенных лиц и подобие правовых механизмов их регулирования, а также на постоянной основе оказывает помощь в защите прав и свобод внутриперемещенных лиц различным государствам, где в силу разных проблем возникает данный вид миграции³.

В Российской Федерации с учетом проблем, стоящих перед государством в связи с развалом СССР в начале 90-х гг. XX столетия, была создана нормативная база для работы с внутриперемещенными лицами. В России данная категория вынужденных мигрантов получила наименование «вынужденные переселенцы». Головным нормативным актом в правовом механизме регулирования данного вида миграции и защите прав и свобод вынужденных переселенцев стал Закон РФ «О вынужденных переселенцах»⁴. Данный нормативный акт разрабатывался и принимался одновременно с Законом РФ «О беженцах»⁵, причем при их разработке складывалась совершенно разная обстановка.

Нормативный акт о защите внутриперемещенных лиц, которым и стал Закон «О вынужденных переселенцах», был крайне нужен молодому Российскому государству в связи с тяжелой геополитической обстановкой, необходимостью разработки правового механизма решения того комплекса вопросов, с которыми столкнулись федеральная, региональные и местные власти. Проблема была связана с массовым прибытием на территорию России большого количества наших соотечественников, вынужденных искать убежище на территории исторической родины от тех негативных процессов, которые получили свое развитие после развала СССР как в отдельных регионах Российской Федерации, так и на территории бывших советских республик. Это и притеснение русскоязычной части населения, и открытые военные действия между конкурирующими организованными группировками и частями населения в борьбе за власть, и открытый геноцид русского населения, прибывшего в советские республики еще в советское время. При прибытии на территорию России эта категория вынужденных мигрантов нуждалась в защите их

² См.: *Ионцев В. А.* Международная миграция населения: теория и история изучения. М.: Диалог-МГУ, 1999. С. 19.

³ См.: *Воронина Н. А.* Международное право и проблемы правового регулирования положения внутриперемещенных лиц // *Юрист-международник*. 2005. № 3. С. 25—34.

⁴ Закон РФ от 19 февраля 1993 г. № 4530-1 «О вынужденных переселенцах» (в ред. Федерального закона от 30 декабря 2015 г. № 467-ФЗ) // *Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета Российской Федерации*. 1993. № 12. Ст. 427.

⁵ Закон РФ от 19 февраля 1993 г. № 4528-1 «О беженцах» (в ред. Федерального закона от 27 декабря 2018 г. № 528-ФЗ) // *Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета Российской Федерации*. 1993. № 12. Ст. 425.

прав и свобод и оказании им конкретной помощи в обустройстве на новом месте жительства.

Но данные проблемы не могли решиться на местном уровне. Необходим был федеральный законодательный акт, который стал бы правовой основой государственного механизма данного вида деятельности государства. В соответствии с принятым нормативным актом в России статус вынужденного переселенца получили более 1 192 тыс. человек⁶, причем пик количества вынужденных переселенцев, находящихся на территории Российской Федерации, приходится на 1998 г. — 978 тыс. человек, а затем резко идет на снижение. По мере ликвидации той неразберихи, которая была в России и бывших союзных республиках сразу после развала СССР, становления Российского государства и построения в нем устойчиво функционирующей властной вертикали потребность в подобном нормативном акте, защищающем внутриперемещенных лиц, покинувших свое постоянное место жительства или место временного пребывания по причине насилия или преследования по причине расы, национальности, вероисповедания, языка, за участие в притесняемой социальной группе или политические убеждения, значительно снизилась. Соответственно, количество вынужденных переселенцев в России на начало 2019 г. уменьшилось до 9,5 тыс. человек.

В то же время Закон РФ «О беженцах» принимался с целью соответствия законодательства Российской Федерации международному праву. Такая необходимость возникла в связи с подписанием и ратификацией Российской Федерацией в 1992 г. Конвенции ООН 1951 г. «О правовом статусе беженцев» и протокола к нему. Решение этой абсолютно формальной задачи привело к появлению во многом декларационного нормативного акта, тем более что его разработчики исходили из абсолютно четкого убеждения, что Российская Федерация не является миграционно привлекательной страной для беженцев. Ошибочность данного убеждения вскоре была доказана многочисленными обращениями о признании беженцами на территории Российской Федерации граждан бывших советских республик, Афганистана, Сомали, Эфиопии и т.д., но они практически не рассматривались вплоть до принятия в 1997 г.

кардинально новой, работоспособной редакции данного нормативного акта. Наибольшее количество иностранных граждан и лиц без гражданства, имеющих статус беженца, на территории России было, соответственно, зафиксировано в 1998 г. — более 235 тыс. человек, по мере ужесточения миграционной политики государства оно резко пошло на уменьшение и по состоянию на 1 января 2019 г. составило всего 572 человека⁷.

Законодательство Российской Федерации предусматривает еще одну категорию вынужденных мигрантов. Это устанавливаемое статьей 12 Закона РФ «О беженцах» правомочие территориального органа федерального органа исполнительной власти в сфере внутренних дел предоставлять иностранному гражданину или лицу без гражданства при наличии особых, гуманных обстоятельств право временно пребывать на территории Российской Федерации даже в том случае, если по совокупности всех выясненных обстоятельств иностранному гражданину или лицу без гражданства не может быть предоставлен статус беженца в Российской Федерации⁸.

Данный гуманный правовой статус, дающий вынужденным мигрантам право законно находиться на территории России, наиболее эффективно проявляет себя при массовом исходе иностранных граждан на территорию Российской Федерации в силу каких-либо обстоятельств или процесса, угрожающего жизни, здоровью или нарушающего другие права человека и гражданина. В этом случае применяется правило, которое в международном праве получило наименование «принцип *prima facie*», что означает «на первый взгляд», более употребительное наименование данного принципа «от противного»⁹. Данный принцип подразумевает под собой только оценку факторов, угрожающих населению и отдельному человеку, проживающих в определенных районах, без учета затрат времени и ресурсов на проведение индивидуальных процедур рассмотрения ходатайств о признании беженцем с каждым претендующим на данный статус иностранным гражданином или лицом без гражданства.

Одним из самых показательных примеров функционирования подобного принципа в Российской Федерации стала работа с беженцами из

⁶ Миграция в России, предварительные итоги // URL: <http://www.demoscope.ru/weekly/2018/0763/barom05.php> (дата обращения: 21 мая 2019 г.).

⁷ Численность вынужденных переселенцев, беженцев и лиц, получивших временное убежище // URL: http://www.gks.ru/free_doc/new_site/population/demo/tab-migr4.htm (дата обращения: 22 мая 2019 г.).

⁸ Постановление Правительства РФ от 9 апреля 2001 г. № 274 “О предоставлении временного убежища на территории Российской Федерации” (вместе с Порядком предоставления временного убежища на территории Российской Федерации, Положением о свидетельстве о предоставлении временного убежища на территории Российской Федерации) (в ред. постановления Правительства РФ от 25 мая 2017 г. № 631) // Собрание законодательства РФ. 2001. № 16. Ст. 1603.

⁹ См.: Гудвин-Гилл Г. С. Статус беженца в международном праве / пер. с англ., общ. ред. М. И. Левиной. М. : Юнити, 1997. 647 с.

Донецкой и Луганской областей Украины в 2014—2016 гг., бежавшими от военных действий. Основопологающим фактором для предоставления гражданину Украины статуса временного убежища в России при прибытии на его территорию было наличие у вынужденного мигранта постоянной или временной регистрации на территории Донецкой или Луганской областей Украины.

Для более мобильной и эффективной работы с данной категорией иностранных граждан в рамках исполнения международного принципа «prima facie» был принят специальный нормативный акт, сокративший рассмотрение поданного заявления о предоставлении временного убежища с трех месяцев до трех рабочих дней. Причем заявление о предоставлении временного убежища во избежание очередей в соответствии с данным нормативным актом может быть подано не только в территориальный орган Министерства внутренних дел РФ, но и в соответствующий многофункциональный центр предоставления государственных и муниципальных услуг¹⁰. Соответственно, наибольшее количество граждан Украины, получивших временное убежище в Российской Федерации и находившихся на ее территории, приходилось на 2016 г. и составляло более 331 тыс. человек¹¹.

В то же время во второй половине XX — начале XXI в. все более проявляются и другие причины, которые могут вынуждать население покидать места своего постоянного места жительства и искать более благоприятные для проживания районы. Одним из таких оснований, становящихся причиной для вынужденного перемещения все большего количества мигрантов, становятся ухудшение качества окружающей среды и, как следствие, нарушение естественных прав человека на жизнь, здоровье и на благоприятную окружающую среду. Это происходит вследствие природных и стихийных бедствий, получающего все большее развитие

процесса изменения климатических условий, техногенных аварий или в результате народнохозяйственной и природоустроительной деятельности человека.

Перемещение людей из районов с ухудшающейся экологической обстановкой в связи с угрозой жизни, здоровью из-за нарушения естественного права человека и гражданина на благоприятную окружающую среду, получившее практически общепризнанное название «экологическая миграция», повсеместно в мире признается одним из видов вынужденной миграции. Вынужденная миграция вследствие изменения климатических условий нередко в научной литературе и в решениях международных организаций определяется как климатическая миграция¹². В силу того, что экологическая миграция понятие более широкое (практически они соотносятся между собой как общее и частное), в данной статье понятие «климатическая миграция» отдельно рассматриваться не будет.

В то же время, в отличие от полностью сформированного и достаточно эффективного правового механизма регулирования вынужденной миграции политических, религиозных и социальных беженцев и защиты их прав, экологическая миграция не имеет ни на международном, ни на внутригосударственном уровне отдельных государств, в том числе и в Российской Федерации, соответствующей правовой базы ее регулирования и защиты прав экологических мигрантов. Данное положение дел приводит к тому, что, хотя экологическая миграция повсеместно признается одним из видов вынужденной миграции, данная категория мигрантов не имеет никаких специальных правовых механизмов защиты своих прав и свобод.

На данный момент не выработано даже направление их создания. Высказываемое в ряде научных публикаций¹³ и заключительных докумен-

¹⁰ Постановление Правительства РФ от 22 июля 2014 г. № 690 “О предоставлении временного убежища гражданам Украины на территории Российской Федерации в упрощенном порядке” (вместе с Временными правилами предоставления временного убежища на территории Российской Федерации гражданам Украины и лицам без гражданства, постоянно проживавшим на территории Украины, прибывшим на территорию Российской Федерации в поисках убежища, в упрощенном порядке) (в ред. от 8 августа 2017 г. № 950) // Собрание законодательства РФ. 2014. № 30 (ч. II). Ст. 4326.

¹¹ Численность вынужденных переселенцев, беженцев и лиц, получивших временное убежище // URL: http://www.gks.ru/free_doc/new_site/population/demo/tab-migr4.htm (дата обращения: 22 мая 2019 г.).

¹² См., например: The Nansen Conference “Climate Change and Displacement in the 21st Century”. Oslo, Norway, June 5—7, 2011 // URL: <https://www.unhcr.org/4ea969729.pdf> (дата обращения: 21 января 2019 г.).

¹³ См., например: *Иванов Д. В.* Международно-правовые аспекты экологической миграции: к вопросу понятия “экологический беженец” // Актуальные проблемы современного международного права : материалы XIII Международного конгресса “Блищенковские чтения” : в 2 ч. М., 2015. С. 9—15 ; *Иванов Д. В., Бекашев Д. К.* Экологическая миграция населения: международно-правовые аспекты. М., 2013. 176 с. ; *Евтушенко В. И.* Экологическая миграция: проблемы правового регулирования // Развитие российского права: новые контексты и поиски решения проблем. III Московский юридический форум. X Международная научно-практическая конференция [Кутафинские чтения] : материалы конференции : в 4 ч. М. : Проспект, 2016. Ч. 4. 416 с. ; *Безоян О. Н.* Экологическая миграция: современные проблемы и пути решения // Правовые институты и методы охраны окружающей среды в России,

тах нескольких международных специальных научных форумов, посвященных данной проблеме¹⁴, предложение о возможном решении проблемы помощи и защиты прав и свобод экологических мигрантов путем распространения действия международно-правового механизма защиты классических мигрантов, и в первую очередь Конвенции ООН «О правовом статусе беженца», на экологических мигрантов, встретило крайне негативную реакцию со стороны УВКБ ООН. По мнению данной международной организации, такой шаг приведет к ухудшению деятельности ООН и международного сообщества по защите прав и свобод классических беженцев — жертв преследования по социальным и политическим причинам в своих странах¹⁵. Высказываемые предложения о возможности разработки проекта специализированного международного соглашения по защите прав и свобод экологических мигрантов также не получили полноценного развития¹⁶.

Проведенный мониторинг показывает, что внутригосударственные законодательства различных стран практически не содержат каких-либо правовых механизмов защиты прав и свобод экологических мигрантов. Единственным исключением стали государства, в которых экологические проблемы в отдельных районах стоят особенно остро и которые предпринимают попытки на внутригосударственном уровне найти решение данной проблемы, законодательно закрепив отдельные положения, посвященные защите экологических мигрантов. Особенно это характерно для стран, граничащих с зоной крупнейшего экологического бедствия — районом бывшего Аральского моря и образовавшейся на его месте новой пустыни Аралкум и прилегающими к нему территориями.

Так, например, вопросы правового регулирования вынужденной миграции, обустройства и защиты прав внутренних переселенцев, в том числе по экологическим причинам, рассматривались в первоначальной редакции Закона Республики Казахстан «О миграции населения». В более поздней редакции данного нормативного акта предусмотренная возможность поменять место жительства в границах Казахстана из-за неблагоприятной экологической среды, получив на это государственную помощь и поддержку, была отменена¹⁷.

В Таджикистане действие законодательного акта «О миграции» распространяется в том числе на экологических мигрантов¹⁸. Но данный нормативный акт не создает полноценного правового механизма защиты прав и свобод экологических мигрантов.

Все это позволяет определить место правового механизма регулирования экологической миграции и защиты прав и свобод экологических мигрантов в правовом институте регулирования миграционных процессов.

Экологическая миграция является одним из видов вынужденной миграции, которая, несмотря на широкое обсуждение международной и научной общественностью необходимости создания международного и внутригосударственных правовых механизмов ее регулирования и защиты прав и свобод экологических мигрантов по аналогии с эффективно функционирующей в мире и отдельных государствах системой защиты классических беженцев, официально не признана в мире и не имеет соответствующих механизмов международной и внутригосударственной защиты.

странах СНГ и Европейского Союза: состояние и эффективность : материалы III Международной научно-практической конференции преподавателей, практических сотрудников, студентов, магистрантов, аспирантов. Саратов, 7 октября 2016 г. Саратов, 2017. С. 150—153.

¹⁴ См., например: Bonn Points // URL: <http://www.efmsv2008.org/article/780?menu=103> [дата обращения: 12 января 2019 г.].

¹⁵ *McAdam J. Climate Change, Forced Migration, and International Law* Hardcover. New York : Oxford University Press Ins., 2012.

¹⁶ См.: *Маркова Е. Ю.* Международный статус экологических мигрантов // Миграционное право. 2016. № 4. С. 14—17.

¹⁷ Закон Республики Казахстан от 22 июля 2011 г. № 477-IV “О миграции населения” (в ред. от 30 декабря 2016 г. № 41-VI) // URL: <http://www.demoscope.ru/weekly/znigi/zakon/zakon0105.html> [дата обращения: 1 сентября 2016 г.].

¹⁸ Закон Республики Таджикистан от 11 декабря 1999 г. № 881 “О миграции” (в ред. от 3 августа 2018 г. № 1541) // Ахбори Маджлиси Оли Республики Таджикистан. 1999. № 12.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Безоян О. Н.* Экологическая миграция: современные проблемы и пути решения // Правовые институты и методы охраны окружающей среды в России, странах СНГ и Европейского Союза: состояние и эффективность : материалы III Международной научно-практической конференции преподавателей, практических сотрудников, студентов, магистрантов, аспирантов. Саратов, 7 октября 2016 г. — Саратов, 2017. — С. 150—153.
2. *Воронина Н. А.* Международное право и проблемы правового регулирования положения внутривыселившихся лиц // Юрист-международник. — 2005. — № 3. — С. 25—34.
3. *Гудвин-Гилл Г. С.* Статус беженца в международном праве / пер. с англ., общ. ред. М. И. Левиной. — М. : Юнити, 1997. — 647 с.
4. *Евтушенко В. И.* Экологическая миграция: проблемы правового регулирования // Развитие российского права: новые контексты и поиски решения проблем. III Московский юридический форум. X Международная научно-практическая конференция (Кутафинские чтения) : материалы конференции : в 4 ч. — М. : Проспект, 2016. — Ч. 4. — 416 с.
5. *Иванов Д. В.* Международно-правовые аспекты экологической миграции: к вопросу понятия «экологический беженец» // Актуальные проблемы современного международного права : материалы XIII Международного конгресса «Блищенковские чтения» : в 2 ч. — М., 2015. — С. 9—15.
6. *Иванов Д. В., Бекашев Д. К.* Экологическая миграция населения: международно-правовые аспекты. — М., 2013. — 176 с.
7. *Ионцев В. А.* Международная миграция населения: теория и история изучения. — М. : Диалог-МГУ, 1999.
8. *Маркова Е. Ю.* Международный статус экологических мигрантов // Миграционное право. — 2016. — № 4. — С. 14—17.
9. *McAdam J.* Climate Change, Forced Migration, and International Law Hardcover. — New York : Oxford University Press Ins., 2012.

英雄烈士人格利益保护的法教义学阐释及立法展望 Правовая догматическая трактовка и законодательные перспективы защиты чести и достоинства героев и мучеников КНР The Legal Dogmatic Interpretation and Legislative Prospects Concerning the Personality Interests Protection of Heroes or Martyrs

王春梅
天津师范大学法学院
pangdongmei71@163.com

Ван Чунмэй,
профессор, Юридический институт,
Тяньцзиньский педагогический университет

Wang Chunmei,
Professor of law school of Tianjin Normal University

© Ван Чунмэй, 2020

摘要:《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)作为中国《民法典》之总则编,在第185条从民事责任的角度对英雄烈士的姓名、肖像、名誉、荣誉保护进行了规定。《中华人民共和国英雄烈士保护法》(以下简称《英雄烈士保护法》)第25条和第26条在此基础上又进一步作出规定,并可以将其看成是对前者的细化与补充,从而基本呈现与描述出中国立法层面对英雄烈士人格利益保护的基本架构和主要内容。本文借助于法教义学之分析方法,从英雄烈士人格利益保护的利益主体范围、侵权责任构成与保护的利益属性、保护的利益范围和作为隐含条款的救济程序配置四个方面,对中国法对英雄烈士人格利益保护规定中的“英雄烈士”“损害社会公共利益”、“姓名、肖像、名誉、荣誉”,以及民事诉讼和公益诉讼程序进行分析与阐释,指出中国法在英雄烈士人格利益的保护上存在因《民法总则》第185条和《英雄烈士保护法》第25条所保护的人格利益主体范围上的差异将导致二者在法律适用上可能出现不一致;《民法总则》第185条没有建立起英雄烈士人格利益保护与死者人格利益保护之间的关联性,无以形成一般保护与特别保护之对应,并造成立法上的逻辑错位;单纯列举式立法限制了英雄烈士人格利益的保护范围,从而必然在一定程度上影响和弱化《民法总则》第185条和《英雄烈士保护法》立法目的之实现三个问题,并在此基础上进行立法展望,有针对性地提出了具体完善建议:一是在规则设计上增加死者人格利益保护和英雄烈士等人格利益保护的规定,实现抽象人格与具体人格、一般保护与特别保护之对应与协调;二是在立法结构安排与制度设计上,从《民法典总则编》、《民法典人格权编》和《民法典侵权责任编》三个层面配设死者人格利益保护与英雄烈士等人格利益保护之规定;三是在民事诉讼与公益诉讼的程序协调上,修改和完善《英雄烈士保护法》和《民事诉讼法》相关规定,实现实体法与程序法对英雄烈士等人格利益保护上的协调与对接,从而落实与强化英雄烈士人格利益保护之立法目标,崇扬和保护英雄烈士精神,践行社会主义核心价值观。

关键词:《民法总则》;英雄烈士;死者人格利益;社会公共利益

基金项目:本文是国家社会科学基金项目(18BFX113)和黑龙江省高校基本科研业务费黑龙江大学专项资金项目(2016-KYYWF-1120)的阶段性成果。

作者简介:王春梅,天津师范大学法学院教授,法学博士,主要从事民商法研究。

Abstract. *The General Provisions of the Civil Law of the People's Republic of China (hereinafter referred to as the "General Provisions of the Civil Law") is the general part of the Chinese Civil Code, whose Article 185 stipulates how to protect the name, likeness, reputation and honor of heroes or martyrs from the perspective of civil liabilities. Articles 25 and 26 of the Law of the People's Republic of China on the Protection of Heroes or Martyrs (hereinafter referred to as the "Heroes or Martyrs Protection Law") which shows the basic structure and main rules of the Chinese protection of the personality interests of heroes or martyrs, make more detailed provisions to refine and supplement the General Provisions. The legal dogmatic methodology is applied in this paper to analyze and interpret the "heroes or martyrs", "harming public interests", "name, likeness, reputation, honor", and civil litigation procedures and public interests litigation procedures in the Chinese laws which stipulate the protection concerning personality interests of heroes or martyrs, on the basis of analyzing the relevant subjects of interests protection concerning the heroes or martyrs, the composition of the tort liability and the*

nature of protected interests, the scope of the protected interests and implied relief procedures. And it is pointed out in this paper that the differences in the scope of personality interests protected by Article 185 of the General Provisions of the Civil Law and Article 25 of Heroes or Martyrs Protection Law will lead to inconsistencies in the application of the laws; Article 185 does not link the personality interests protection of heroes or martyrs with that of the deceased, which does not correspond the general protection with special protection, causing logical misplacement in legislation; simple enumerated legislation limits the protected personality interests of heroes or martyrs, which, to some extent, inevitably affects and weakens the achievement of legislative purposes under Article 185 of the General Provisions of the Civil Law and the Heroes or Martyrs Protection Law. Therefore, the legislative outlook is made, and specific following suggestions for improvement are put forward: firstly, in the aspect of rules making, the rules about protecting the personality interests of the deceased, heroes or martyrs should be added to the relevant laws to achieve the correspondence and coordination of abstract personality and specific personality, general protection and special protection; secondly, in the aspect of the legislative structure and system design, three parts of the Civil Code, which are the General Rules of the Civil Code, Personality Rights of the Civil Code and Tort Liabilities of the Civil Code, should include and coordinate the rules concerning the protected personality interests of the deceased and the protected personality interests of heroes or martyrs; thirdly, in the aspect of coordinating the civil procedures and public interests procedures, the relevant rules under Heroes or Martyrs Protection Law and Civil Procedural Law should be modified and perfected in order to coordinate and match the substantive and procedural laws on the personal interests protection of heroes or martyrs so that legislative purposes of protecting the personality interests of heroes or martyrs are achieved, the spirits of the martyrs are valued and spread, the core values of socialism are fulfilled.

Keywords: General Provisions of the Civil Law; hero or martyr; personality interest of the deceased; public interest.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.078-085

英雄是国家和民族的脊梁，任何时代都需要英雄，都要铭记英雄的先进事迹和牺牲奉献。诚如习近平总书记所言：“一个有希望的民族不能没有英雄，一个有前途的国家不能没有先锋。”¹但是，近年来，诋毁、侮辱英雄烈士的事件却不断发生。如2015年发生了影响比较大的侮辱邱少云烈士²和侮辱狼牙山五壮士案件³，最终促成了《民法总则》第185条的出台，邱少云案还入围了2016年推动我国法治进程十大案件。2018年又相继发生暴走漫画在“今日头条”等平台发布戏谑、侮辱董存瑞烈士和叶挺烈士搞笑短视频事件，⁴抖音和搜狗侮辱邱少云广告事件，⁵以及腾讯平台侮辱刘胡兰、董存瑞及其家属事件。⁶同年，我国

¹ 近平在中国人民抗日战争胜利70周年纪念活动上的讲话。

² 2013年5月22日，被告孙杰在新浪微博上以名为“作业本”的账号发文称：“由于邱少云趴在火堆里一动不动最终食客们拒绝为半面熟买单，他们纷纷表示还是赖宁的烤肉较好”。2015年4月16日，加多宝公司在微博上发起了一次名为“多谢行动”的营销炒作活动。活动中，加多宝公司表示“恭喜‘作业本’与‘烧烤’齐名”，并称若“作业本”开烧烤店就送10万罐凉茶。邱少云烈士的弟弟邱少华向法院提起诉讼，认为被告孙杰和加多宝公司对邱少云烈士进行侮辱、丑化，用于市场营销的低俗行为，要求两被告赔礼道歉，并主张精神损害抚慰金1元。2016年9月20日，北京市大兴区人民法院对邱少云烈士被辱案一审公开宣判，判决被告孙杰、被告加多宝公司于判决生效之日起三日内公开发布赔礼道歉公告，向原告邱少云烈士的弟弟邱少华赔礼道歉；并判决被告孙杰和加多宝公司连带赔偿原告精神损害抚慰金1元。该案入围2016年推动法治进程十大案件。

³ 2013年9月9日《炎黄春秋》杂志社前执行主编洪振快在财经网发表《小学课本“狼牙山五壮士”有多处不实》文章。2013年11月8日又在主编杂志第11期刊发《“狼牙山五壮士”的细节分歧》一文。2015年8月25日，原告葛长生、宋福保分别以被告洪振快的文章侮辱、诽谤“狼牙山五壮士”的名誉为由，将被告洪振快起诉至北京市西城区人民法院。2016年6月27日，北京市西城区人民法院作出一审宣判，判决被告洪振快立即停止，侵害葛振林、宋学义名誉、荣誉的行为；判决生效后三日内，被告洪振快在媒体上刊登公告，向原告葛长生、宋福保赔礼道歉，消除影响。

⁴ 2018年5月8号暴走漫画在“今日头条”等平台发布了一段搞笑短视频，内容里“王尼玛”戏谑侮辱董存瑞烈士和叶挺烈士。2018年5月17日，今日头条发布一则通知，自媒体账号“暴走漫画”在多个平台发布涉嫌戏谑、侮辱英雄烈士的短视频内容，今天日头条立即下架了“暴走漫画”的所有视频并对涉事账号“暴走漫画”进行了封禁处理。当日，“暴走漫画”官方主编“王尼玛”和CEO任剑通过个人微博发表道歉声明。5月23日，暴走漫画CEO任剑带领团队共9人，来到隆化县董存瑞烈士陵园，用实际行动表示道歉。叶挺后人表示不接受道歉，于2018年5月24日向西安市雁塔区人民法院提交了对西安摩摩信息技术有限公司“即暴走漫画”的起诉书。9月28日，法院判决“暴走漫画”所属公司被判在国家新闻媒体上公开道歉，消除不良社会影响，并向叶挺烈士近亲属赔偿精神抚慰金10万元。11月5日，西安摩摩信息技术有限公司在中国青年报刊登道歉信，向叶挺烈士和亲属、以及公众致歉。

首例网民侮辱消防烈士被检察院提起公益诉讼案件宣判。⁷2019年开始不到半年，发生了河南理发店调侃英烈刘胡兰事件⁸和十余起在网上侮辱四川木里县森林火灾英雄事件。⁹

这些频繁发生的诋毁和侮辱英烈的事件在不断挑战我们的良知与道德底线的同时，也让我们把眼光再次投向《民法总则》第185条和《英雄烈士保护法》对英雄烈士人格利益保护的规定。法教义学既在本体论层面对法律所提供的质料，即对实在法进行分析阐释，又在方法论层面指向有机的法律制度体系并受其制约的一种法学研究立场和研究方法。¹⁰从法教义学的角度来看，无论是《民法总则》第185条，还是《英雄烈士保护法》的相关规定，在保护的英雄烈士范围、人格利益属性及人格利益范围等方面均存在尚待明确之处，十分不利于对英雄烈士人格利益和社会公共利益的保护。职是之故，为了彰显崇尚英雄、尊重和英雄的时代精神，惩罚和制止侮辱、诽谤英雄烈士的侵权行为，应当进一步落实和强化前述立法对英雄烈士人格利益保护之规定。

一、英雄烈士人格利益保护的法教义学阐释

(一) 保护的利益主体范围：“英雄烈士”的阐释

在《英雄烈士保护法》出台之前，学者们对《民法总则》第185条的争论首先集中在“英雄”的内涵及其范围问题上，“烈士”的内涵与范围较为明晰，通常指已经牺牲的、并依照一定的条件与程序被认定为“烈士”的人。也就是说，虽然《现代汉语词典》对烈士的解释有二：一是作为名词使用，指“为正义事业而牺牲的人”；二是作书面语使用，指“有志于建立功业的人”。¹¹而在第二种含义中，烈士包括活着的人，但该种用法通常使用在古汉语之中，现代汉语主要在第一种意义上使用，故“烈士”在语义与范围上仅指为了某种正义事业而已经牺牲的人。

但是，对“英雄”的内涵与范围的理解则出入较大。《现代汉语词典》在名词意义上将“英雄”解释为“本领高强、勇武过人的人”“不怕困难，不顾自己，为人民利益而英勇斗争，令人钦敬的人”，在形容词意义上则指“具有英雄品质的”。¹²由此可以认为，在名词意义上，勇武可敬的人物都可以被认为是“英雄”，其内涵颇具主观性，且不具有“烈士”一样的认定条件和程序，故“何人可以成为英雄，完全取决于其对国家和社会的贡献度，在一定程度上也取决于人们的认可度。”¹³而且，一般而言，“英雄”在范围上既包括为国家、民族、抗日和革命事业而牺牲生命的国家英雄、民族英雄、革命英雄、抗日英雄等，也包括无私忘我、甘于奉献以及具有超常能力的一般英雄。由此，如果脱离“烈士”而单独解释“英雄”，则应当从广义进行理解，在范围上应当既包括在世英雄，也包括已经牺牲的英雄。但是，如果考虑“英雄”与“烈士”的关系，则应当将“英雄”作狭义使用，即仅应当指牺牲之英雄。因为，虽然“英雄”与“烈士”的关系存在限定和并列两种可能的解读，但无论是就汉语修辞而言，还是从通常语言表达习惯而言，限定关系的解读都难以获得逻辑上的自治性，故解读为并列关系更具有合理性，“英雄”也就应当作狭义理解。

此外，从《民法总则》的内容创设及体系协调的角度看，从狭义解读“英雄”也更具有合理性：其一，在世英雄的人格权益与普通生存自然人主体的人格权益并无本质不同，完全可以纳入《民法总则》第109

⁵ 2018年6月6日上午，有网友在微博爆料，今日头条旗下短视频平台抖音在搜狗搜索的广告投放中，出现了侮辱英烈邱少云的内容。在被爆出的视频中，使用搜狗搜索关键词“邱少云”，出现的首条是以“邱少云-被火烧的笑话-2018新版下载”的链接，点开该链接是抖音的广告，点击上面的提示banner，可以下载抖音。6月6日下午，北京市网信办工商局依法约谈查处抖音、搜狗并责令整改。今日头条在当天下午发表声明，称就搜索引擎广告投放中出现对英烈不敬的内容，向公众和英烈遗属诚挚致歉。

⁶ 2018年6月13日，有不少微博网友发现，腾讯平台涌现了一大批侮辱英烈素材。内容主要包括侮辱烈士刘胡兰、侮辱董存瑞及其家属等，涉及腾讯旗下QQ兴趣部落、微信公众号平台、腾讯视频等多款产品。6月15日上午，腾讯发布公告，自《中华人民共和国英雄烈士保护法》施行以来，其安全团队通过平台自查以及用户举报的方式，在腾讯各个产品平台上累计删除/下架视频7300余个，封停自媒体帐号15个，删除QQ空间信息500余条，删除公众号文章1700余篇。

⁷ 2018年6月12日，全国首例侵犯烈士名誉案宣判。江苏淮安市检察院提起的全国首例网民侮辱消防烈士公益诉讼案在淮安市中院开庭，网民曾某对谢勇烈士救火牺牲一事在微信群中公然发表侮辱性言论，侵犯了谢勇烈士名誉权，被判在媒体上公开赔礼道歉，消除影响。

⁸ 2019年3月28日，有网友举报称，位于河南驻马店置地大道的“晴天·形象”理发店出现侮辱烈士刘胡兰的广告词。3月29日，驻马店经济开发区管委会迅速组织相关部门依法进行查处。目前，工商、公安等部门已经启动行政执法程序，对该理发店违法违规行为进行立案查处，全部没收了该店问题广告彩页，查扣了其经营工具，责令其停业整顿，并对其进行了批评教育，要求其在媒体上公开道歉。

⁹ 2019年3月30日18时，四川省凉山州木里县雅砻江镇发生森林火灾。31日下午，四川森林消防总队凉山支队指战员和地方扑火队员共689人抵达海拔4000余米的原始森林展开扑救。扑火行动中，因风力风向突变，突发林火爆燃，现场扑火人员紧急避险，其中27名森林消防指战员和3名地方扑火队员壮烈牺牲。为告慰英雄、激励队伍，2019年4月，应急管理部、四川省人民政府批准在扑救四川凉山木里森林火灾中英勇牺牲的27名救火的森林消防指战员为烈士、追记一等功；3名牺牲地方人员被评定为烈士。就在举国哀悼之时，却陆续发生泉州尹某云、陕西孙某发和张某、重庆唐某、都江堰伏某某、甘肃杜某等十余起侮辱救火英雄烈士的事件。

¹⁰ 雷磊：法教义学与法治：法教义学的治理意义，《法学研究》2018年第5期。

¹¹ 《现代汉语词典》，商务印书馆2016年版，第823页。

¹² 《现代汉语词典》，商务印书馆2016年版，第1570页。

¹³ 房绍坤：英雄烈士人格利益不容侵害，《检察日报》2017年04月25日。

条、第110条和第120条之保护范围，没有必要再另设条文加以单独规定；其二，从《民法总则》设置第185条的事实起因与最高院发布的保护英雄人物人格利益的典型案例来看，均以牺牲的英雄烈士为对象；其三，从传统民法和我国《民法总则》对自然人权利能力的规定，以及第185条使用的“姓名、肖像、名誉、荣誉”表达，而没有加之“权”的字样，也可以认为第185条所救济与保护的应当是牺牲的英雄烈士的人格利益，而不应当包括在世英雄人格权益的保护问题。

《英雄烈士保护法》的通过与实施进一步强化和细化了对英雄烈士及其人格权益的保护。从行文上看，《英雄烈士保护法》对“英雄烈士”的表达与使用和《民法总则》第185条基本同出一辙，但就其相关条文及规定看，也应当认为“英雄”和“烈士”是并列使用关系，并应当将“英雄”限定于牺牲之英雄。例如第2条使用的“作出的牺牲和贡献”和“毕生奋斗、英勇献身”，第7条的“纪念、缅怀”，第10条的“瞻仰、悼念”，第11条的“安葬”等表述与限定，完全可以认为“英雄烈士”应该都是已经牺牲之人。由此，无论是《民法总则》第185条，还是《英雄烈士保护法》，其所指“英雄烈士”均应当是在并列意义上的使用，并应当限指为某种正义事业牺牲之“英雄烈士”。

（二）侵权责任构成与保护的利益属性：“损害社会公共利益的”的阐释

《民法总则》第185条对英雄烈士人格利益的保护在行文表达上带有“损害社会公共利益的”字样，《英雄烈士保护法》第25条第2款对英雄烈士人格利益保护公益诉讼的规定中也有“损害社会公共利益”的要求，由此产生两个需要解释的问题，一是其保护的利益属性是公益还是私益问题，另一个是“损害社会公共利益”是否是侵犯英雄烈士人格利益的构成要素问题。

对于第一个问题，应当认为我国立法对英雄烈士的人格利益保护兼具私益保护与公益保护的双重属性。就英雄烈士人格保护的私益属性而言，一方面，无论是《民法总则》第185条，还是《英雄烈士保护法》第22条、第25条和第26条等条文，均明确地将保护的法益规定为姓名、肖像、名誉和荣誉四种典型的人格利益，昭示出对英雄烈士等人格私益的保护；另一方面，英雄烈士人格利益保护在本质上属于死者利益保护的范畴，¹⁴是立法基于特殊目的考量而对英雄烈士等人格私益进行的死后延伸保护。就此而言，英雄烈士人格利益保护与死者利益保护存在规范竞合问题，应当允许英雄烈士近亲属在《民法总则》第185条和死者利益保护的相关规定之间进行选择适用，¹⁵以此实现英雄烈士人格利益保护与死者人格利益保护之对接与协调。

就对英雄烈士人格利益保护的公益属性而言，在任何国家、任何社会，崇尚、缅怀和捍卫英雄烈士合法权益都承载与彰显着其所处时代人们共同的精神价值追求与朴素的民众情感，也即承载着“社会公共利益”。而法律作为社会制度体系之重要组成，不仅承载着人的理性欲求，更是蕴含着深刻的价值意义。诚如拉德布鲁赫所言，“法律是人的创造物，只能根据人的理念，也即创造的目的或价值来理解。所以对任何法律现象不可能采取价值盲的观点。法律又是一种文化现象，即与价值有关的事实。”¹⁶因此，《民法总则》第185条和《英雄烈士保护法》第26条作为对英雄烈士人格利益保护的基本规定，必然要尊重与呈现出英雄烈士的公共色彩与公共性，以此展现我国当下社会民众的共同精神价值诉求与时代精神，从而在行文中出现了“损害社会公共利益”的字样与要求，我国有学者甚至认为《民法总则》第185条保护的核心要义是社会公共利益。¹⁷而《英雄烈士保护法》第1条则更是开宗明义地宣示了对英雄烈士保护的公共利益属性与目标。

既然英雄烈士人格利益的保护兼具公益保护与私益保护的双重目的与价值取向，在侵权构成上就应当区分侵犯英雄烈士人格利益的公益与私益属性，结合提起诉讼的主体及所启动的诉讼程序的性质分别判定，而不应一概要求具备“损害社会公共利益”之要素。具体而言，如果是英雄烈士的近亲属以英雄烈士等人格私益受到侵犯为由提起一般民事诉讼，则在侵权构成上不应当要求社会公共利益的损害；如果是检察机关以英雄烈士等人格公益受到侵犯为由提起公益诉讼，则在侵权构成上就应当要求社会公共利益的损害。¹⁸由此，既区分了英雄烈士人格利益保护的公益与私益属性，明晰了民事诉讼与公益诉讼的性质、价值目标以及提起诉讼的主体范围，又减轻了近亲属的举证责任负担和法院的审查义务，更有利于英雄烈士等人格利益的保护。

（三）保护的利益范围：“姓名、肖像、名誉、荣誉”的阐释

在英雄烈士人格利益的保护对象上，《民法总则》第185条和《英雄烈士保护法》第22条至第26条采取利益保护的路径与模式，既与前述“英雄烈士”的内涵与范围阐释保持了一致，又与民法理论与我国民事立法对权利能力的规定及死者利益保护实现了对应协调。

在保护的具体人格利益范围上，《民法总则》和《英雄烈士保护法》均纯粹列举式的立法方式，将所保护的英雄烈士的人格利益限定为“姓名、肖像、名誉、荣誉”四项，由此意味着两部立法保护的英雄烈士人格利益范围十分明确而具体，可以使民众对立法所保护的英雄烈士人格利益内容一目了然，也可以令潜在的侵权行为人对受保护的英雄烈士人格利益产生忌惮之心，从而在客观上减少侵犯英雄

¹⁴ 刘颖：《民法总则》中英雄烈士条款的解释论研究，《法律科学》2018年第2期。杨立新：对民法总则草案规定第185条的看法，http://www.chinanotary.org/content/2017-03/16/content_7055561.htm?node=82573，2017-5-5。

¹⁵ 参见最高院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》（以下简称最高院《精神损害赔偿解释》）第3条和第7条、最高院《关于审理名誉权案件若干问题的解释》（以下简称最高院《名誉权问题解答》）第5条、最高院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称最高院《人身损害赔偿解释》）第18条的规定。

¹⁶ 沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社，1992年版，第38页。

¹⁷ 迟方旭：《民法总则》第185条的核心要义是维护社会公共利益，《红旗文稿》2017年第3期。

¹⁸ 刘颖：《民法总则》中英雄烈士条款的解释论研究，《法律科学》2018年第2期。

烈士人格利益行为的发生，更好地发挥立法的规范和引导作用。但是，四项具体人格利益之后”等”字的缺乏也使得《民法总则》第185条和《英雄烈士保护法》第22条至26条对英雄烈士人格利益提供的保护显现出一定的封闭性与局限性。

（四）作为隐含条款的救济程序配置的阐释：民事私益诉讼和民事公益诉讼

民事实体权益的救济和保护通常需要借助于民事诉讼程序来实现，立法也需要对此作出相应的规定。一般的民事合法权益仅需配置普通的民事诉讼程序救济即可实现，但英雄烈士人格利益具有私益保护与公益保护的双重属性，由此就对诉讼程序的配置提出了特殊要求。在这一问题上，《民法总则》第185条显然无法提供规则依据，只能以《英雄烈士保护法》第25条作为规范基础加以阐释，而且该条规定也恰恰设置了民事私益诉讼和民事公益诉讼两种救济程序，与英雄烈士人格利益保护的双重属性实现了呼应与一致。

对于启动民事私益诉讼程序的主体，《英雄烈士保护法》第25条规定为”英雄烈士的近亲属”是比较合理的，既体现了英雄烈士人格利益保护与死者人格利益保护所具有的关联性与一体性，又与我国司法实践对死者利益保护采取的”近亲属利益保护说”保持了协调一致。¹⁹也就是说，《英雄烈士保护法》是借助于保护英雄烈士近亲属的利益来达致对英雄烈士人格利益保护之立法目标的。

英雄烈士人格利益保护的公益性为民事公益诉讼的程序救济提供了正当性基础。实际上，在《民法总则》颁布实施后，对于英雄烈士人格利益保护的公益诉讼及其启动主体问题就成为学者讨论的主题，并认为应当增加民事公益诉讼的程序救济。²⁰应该说，从党的十八届四中全会部署”探索建立检察机关提起公益诉讼制度”改革任务，到《民事诉讼法》²¹和《行政诉讼法》²²修订中增加对公益诉讼的规定，我国已经基本建立起检察机关提起公益诉讼的制度。最高人民法院和最高人民检察院联合出台的《关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》又进一步细化了我国检察公益诉讼制度。有鉴于此，《英雄烈士保护法》第25条第2款明确规定”英雄烈士没有近亲属或者近亲属不提起诉讼的，检察机关依法对侵害英雄烈士的姓名、肖像、名誉、荣誉，损害社会公共利益的行为向人民法院提起诉讼。”同时，其第3款又规定负责英雄烈士保护工作的部门和其他有关部门在履行职责过程中发现侵犯英雄烈士人格利益的行为，应当向检察机关报告，由检察机关提起公益诉讼。这样，在《民法总则》第185条对英雄烈士人格私益所提供的民事诉讼程序救济基础上，《英雄烈士保护法》又拓展出公益诉讼程序救济，实现与完善了英雄烈士人格利益保护在实体法与程序法上的有机对接，避免了英雄烈士等人格公益保护之泛化，有效打击丑化和诋毁英雄烈士的历史虚无主义，并进一步拓展与完善了我国公益诉讼制度。

二、我国英雄烈士人格利益保护存在的问题

应当说，《民法总则》第185条和《英雄烈士保护法》相关规定基本可以实现对英雄烈士人格利益的保护，彰显崇尚与捍卫英雄烈士之时代精神，彰显社会正义。但是，通过前述分析与阐释，可以发现我国立法对英雄烈士人格利益的保护尚存在某些需要进一步思考与完善之处。

第一，《民法总则》第185条和《英雄烈士保护法》在所保护的人格利益主体范围上存在的差异导致二者在法律适用上可能出现不一致。《民法总则》第185条和《英雄烈士保护法》虽然均以”英雄烈士”为共同保护对象，但二者在所保护的人格利益主体范围上还是存在差异的。一方面，《英雄烈士保护法》第2条基本上将其保护范围限定为近代以来的”英雄烈士”，而《民法总则》第185条则无此限定；另一方面，鉴于《英雄烈士保护法》的立法宗旨与立法目的，其仅以”英雄烈士”为保护对象，除此之外并无任何拓展的可能，而且侧重于以英雄烈士整体作为规范和调整对象，而《民法总则》第185条在”英雄烈士”之后还加有”等”，由此意味着其所救济与保护的主体除”英雄烈士”之外还应当另有其他，但该”等”所指为何，却需要进一步明确。不过，在此可以肯定的是，该”等”既不当泛化到一般死者，更不当泛化到一般自然人主体，而只能特指与”与英雄烈士具有相同社会意义的人”。²³因为，如前所述，第185条作为对”英雄烈士”人格利益的保护，仅应当与死者利益保护具有一定的关联性，不当扩及于一般自然人主体的权益保护。同时，在我国司法解释已对死者人格利益提供有相应保护的前提下，无需再借助第185条来救济和保护一般死者的人格利益，否则将造成立法资源的浪费与规则适用上的逻辑冲突。因此，第185条中的”等”字不能理解为设定了一个”框架式的主体范围”，从而将其保护范围扩展和涵盖到除英雄烈士之外的其他自然人主体或者一般死者，而仅应当特指与”英雄烈士”具有同等高度与意义的人。换言之，”等”应当指为了国家、社会和民族大业贡献出生命的杰出人物。由此，在司法实践中，援引《民

¹⁹ 最高院《精神损害赔偿解释》第3条规定：”自然人死亡后，其近亲属因下列侵权行为遭受精神痛苦，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理：……”

²⁰ 参见房绍坤：英雄烈士人格利益不容侵害，《检察日报》2017年04月25日；王杏飞：英雄烈士人格利益的民法保护，《中国社会科学报》2017年05月03日。

²¹ 《民事诉讼法》第55条：”对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。人民检察院在履行职责中发现破坏生态环境和资源保护、食品药品安全领域侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，在没有前款规定的机关和组织或者前款规定的机关和组织不提起诉讼的情况下，可以向人民法院提起诉讼。前款规定的机关或者组织提起诉讼的，人民检察院可以支持起诉。”

²² 《行政诉讼法》第25条第4款：”人民检察院在履行职责中发现生态环境和资源保护、食品药品安全、国有财产保护、国有土地使用权出让等领域负有监督管理职责的行政机关违法行使职权或者不作为，致使国家利益或者社会公共利益受到侵害的，应当向行政机关提出检察建议，督促其依法履行职责。行政机关不依法履行职责的，人民检察院依法向人民法院提起诉讼。”

²³ 房绍坤：英雄烈士人格利益不容侵害，《检察日报》2017年04月25日。

法总则》第185条作为规范基础，还是援引《英雄烈士保护法》相关规定作为规范基础来保护英雄烈士人格利益必然在适用范围、适用对象上存在差异。

第二，《民法总则》第185条没有建立起英雄烈士人格利益保护与死者人格利益保护之间的关联性，无以形成一般保护与特别保护之对应，并造成立法上的逻辑错位。死者人格利益保护是自然人人格利益保护的延伸，我国相应司法解释也对死者人格利益保护作出了规定，但遗憾的是，《民法总则》却没有将我国司法实践中已经较为成熟的死者人格利益保护纳入其中，由此不仅造成在民法典层面缺乏死者人格利益保护的一般规定，无法为自然人主体的人格利益提供延伸保护，而且使得英雄烈士的人格利益保护无法被置于主体人格利益保护和死者人格利益保护之中，从而割断了死者利益保护与英雄烈士人格利益保护、自然人利益保护与死者利益保护之间的关联与延伸，从而出现了《民法总则》将英雄烈士人格利益保护置于民事责任部分规定的逻辑错位。

第三，单纯列举式立法限制了英雄烈士人格利益的保护范围，从而必然在一定程度上影响和弱化《民法总则》第185条和《英雄烈士保护法》立法目的之实现。众所周知，近代之后的人格权立法呈现出两大发展趋势，即一般人格权的生成和具体人格权的扩张，这实际上是民事主体人格利益保护诉求不断深化与扩大的结果。在这样的趋势与社会现实下，英雄烈士人格利益的保护诉求应当不仅仅限于“姓名、肖像、名誉、荣誉”四项人格利益，还可能涉及隐私及其他人格利益的保护问题。但是，列举方式先天之局限注定《民法总则》第185条和《英雄烈士保护法》相关规定无法对英雄烈士人格利益提供全面保护，从而必将在一定程度上影响英雄烈士人格利益保护之立法目的实现，并弱化其实效性。实际上，在《民法总则》颁布后，有学者就提出英雄烈士的隐私利益保护问题，认为“侵害英雄烈士的隐私利益，并进而损害英雄烈士名誉利益和社会公共利益的，可以按照民法总则第185条的规定给予保护。”²⁴

应当说，侵害英雄烈士的隐私利益确实可能同时造成名誉利益损害的后果，我国司法实践也曾经有借助于名誉权和名誉利益来保护隐私利益的历史经验。但是，从法教义学的角度看，通过扩张解释对英雄烈士的隐私利益提供寄生式保护，不仅存在着曲解名誉与隐私之嫌，而且悖于我国对名誉与隐私分别保护之立法现实，更无法保护英雄烈士其他人格利益，非为良善之策。

三、立法展望：英雄烈士等人格利益保护之完善

人格权益作为立法对内在于人的伦理价值所提供的规范保护，既是人的伦理价值外在化的要求与体现，也是人的伦理价值诉求的彰显与结果。《民法总则》第185条和《英雄烈士保护法》第22条至第26条对英雄烈士人格利益提供的保护，既体现与承载着英雄烈士人格私益保护诉求，更蕴含与彰显着人类的英雄情结与公益保护诉求，但两部立法存在的前述问题，势必在很大程度上影响其立法目的与立法宗旨之实现，故有必要在民法典框架内作出完善。

第一，在规则设计上增加死者人格利益保护和英雄烈士等人格利益保护的规定，实现抽象人格与具体人格、一般保护与特别保护之对应与协调。人的民法的目的，人文关怀是民法的价值支撑与价值追求，主体法和人格权法的理论构建与制度构建更应该以人文关怀为导向和己任。于近代社会而言，现代社会不仅仅是历史的更迭与社会发展的阶段性超越，更是人的社会化发展与超越，是人的权益诉求与保护诉求的扩张与分化。也就是说，现代社会“已经从将人作为自由行动的立法者、平等的法律人格即权利能力者抽象地加以把握的时代，转变为坦率地承认人在各方面的不平等及其结果所产生的某种人享有富者的自由而另一种人遭受穷人、弱者的不自由，根据社会的经济地位及职业差异把握更加具体的人，对弱者加以保护的時代。”²⁵现代立法必须在近代私法所预设与塑造的抽象主体与抽象人格基础上，正视与关注特殊主体独特的自然属性、社会属性或者法律属性，并给予特殊保护。也就是说，“现代法律应透过各个抽象的人格，而进一步着眼于贫富、强弱、贤愚等差别之具体人类，保障其生存能力，发挥其既有主体，又有社会之存在意义。”²⁶相对于“现世性人格”和抽象人格的自然人主体，死者则属于具有“延伸性人格”和具体人格的特殊主体，其在自然属性上不复具有生命特征，但在法律属性上却存在某些需要保护的人格法益，故需要对死者人格利益保护进行特殊规则设计。此外，对于某些特殊死者，如英雄烈士等，因其具有一般死者之“延伸性人格”所不具备的特殊法律属性，即强烈的公共性，可以归入具有强烈公共色彩的特殊主体之中，²⁷对其人格利益保护设计特别的保护规则。

第二，在立法的结构安排与制度设计上，从《民法典总则编》、《民法典人格权编》和《民法典侵权责任编》三个层面配设死者人格利益保护与英雄烈士等人格利益保护之规定。

首先，鉴于死者在自然属性上与自然人人格具有的关联性与延伸性，故可以在《民法总则》中“自然人”部分对死者人格的延伸保护作出一般性规定，以死者之具体人格对应和补充自然人主体的抽象人格，并统领与呼应人格权编和侵权责任编对死者人格利益及英雄烈士等特殊死者人格利益保护之规定。

其次，鉴于死者人格的延伸保护在利益类型上主要体现为对死者人格利益的保护，而且死者人格之下还可能包括诸如英雄烈士等特殊死者人格形态，故可以在《民法典人格权编》的一般规定中，以一般条款形式对死者人格利益和英雄烈士等特殊死者的人格利益保护加以具体规定，以落实总则编死者人格利益保护的一般规定。其中，对于英雄烈士等人格利益保护进行规制设计时，一方面要明确和细化英雄烈士人格利

²⁴ 房绍坤：英雄烈士人格利益不容侵害，《检察日报》2017年04月25日。

²⁵ [日]星野英一：私法中的人——以民法财产法为中心，王闯译，梁慧星主编：《民商法论丛》第8卷，法律出版社1997年版，第186页。

²⁶ 苏俊雄：《契约原理及其运用》，中华书局股份有限公司1978年版，第7页。

²⁷ 参见张莉：人格权法中的“特殊主体”及其权益的特殊保护，《清华法学》2013年第2期。

益保护中”等”的主体范围，可以考虑将参加防洪、抢险、救灾等重特大灾害事故而牺牲，或为维护公共利益而实施其他见义勇为行为而牺牲的人纳入”等”的主体范围，以此契合于英雄烈士人格利益保护的公共利益价值取向。²⁸当然，同时还必须保留该”等”主体的开放性，以使其他具有同等价值与意义牺牲的人的人格利益可以受到相同的救济与保护。另一方面，还要扩充和完善英雄烈士等人格利益的保护范围，将隐私利益纳入保护范围，并在其后加上”等”字，以使英雄烈士等人格利益保护具有一定的涵盖性与开放性。在立法技术上可以借鉴我国《侵权责任法》的类型化模式，对民事主体的人格利益保护进行类型化规定。也就是说，我国”人格权法应顺应国际人权立法，同时结合我国人权的自身特点，改变以前单一的列举式立法模式，进而采取一般化和类型化的立法模式，最终使立法具有较大的伸缩性和现实性。”²⁹死者人格利益和英雄烈士人格利益即可以作为我国人格权编保护的类型之一作出列举加概括式的规定，在人格利益保护上实现类型化保护与概括性保护之协调。

再次，鉴于死者人格利益和英雄烈士等人格利益在救济和保护主体、保护条件等方面存在特殊之处，还需要在《民法典侵权责任编》中死者人格利益和英雄烈士等特殊死者人格利益的救济与保护作出规定，如规定死者和英雄烈士等的近亲属作为救济和保护的请求权主体；规定英雄烈士等人格利益受到侵犯，损害社会公共利益时，检察机关有权提起公益诉讼。当然，鉴于侵权责任法之目的与功能考量，侵权责任部分对死者和英雄烈士等人格利益的规定应当侧重于侵权责任构成和责任承担等方面作出规定，以避免他人贬损与侵犯。因为，死者和英雄烈士等人格利益保护虽然有其特殊性，但在人格权益保护的主要价值上与一般主体是无异的，即”在于应受到尊重，不得被他人非法贬损。”³⁰

第三，在民事诉讼与公益诉讼的程序协调上，修改和完善《英雄烈士保护法》和《民事诉讼法》相关规定，实现实体法与程序法对英雄烈士等人格利益保护上的协调与对接。这实际上涉及到检察机关启动公益诉讼程序的情形问题。我国《英雄烈士保护法》第25条第2款将其限定为”英雄烈士没有近亲属或者近亲属不提起诉讼”两种情形，但就目前司法实践看，还存在侵权行为并没有具体侵犯和指向某个或某些英雄烈士，而侵犯英雄烈士整体并由检察机关提起公益诉讼的情形，如杭州市中级人民法院于2019年5月21日开庭审结的”被告李某、吴某侵害萧山烈士陵园烈士荣誉”的民事公益诉讼案即是。³¹因此，应当对检察机关对英雄烈士等人格利益提起公益诉讼的情形作出必要拓展，并同样需要保留一定的开放性。当然，对于公益诉讼规定修正不宜由《民法典》完成，而应当通过修订《英雄烈士保护法》和《民事诉讼法》相关规定进行。

如是，在民事主体层面形成了自然人主体之抽象人格与死者之具体人格、一般死者之具体人格与英雄烈士等特殊具体人格的层次递进与体系衔接，进而在主体人格保护层面形成了自然人主体人格权益之一般保护与死者等人格利益之特殊保护、死者人格利益之一般保护与英雄烈士等人格利益之特殊保护的逻辑呼应与结构调适，最终实现了民事主体及其人格权益保护的形式正义、形式平等与实质正义、实质平等之调和。当然，这种立法构设不再限于《民法总则》第185条对英雄烈士等人格利益保护所提供的责任保护，而是变成了主体保护与正面赋权的保护方式，并与民事责任对接，形成主体保护、权益保护与责任救济之间的贯穿衔接，进而与我国自《民法通则》所创立与形成的民事权利—民事义务—民事责任之立法架构形成逻辑自洽。最终，我国《民法典》”不仅要展现’一般主体’的权利画景，更应透露着对’特殊主体’权利保护的关注；不仅要对’弱势群体’的人格权进行优先保护，同时要’公共型群体’的人格权进行适当的限制；不仅要保护’现世性人格’的权利，还要保护’延伸性、虚拟性人格’的权利”，³²彰显私法之人文关怀，彰显尊重英雄烈士、崇尚英雄之时代精神，寻求形式正义、形式平等与实质正义、实质平等的有机衔接与逻辑调适。

²⁸ 我国民事立法对见义勇为的规范适用，基本上以保护他人合法权益并受到损害为前提，只不过立法表述略有差异，如《民法通则》第109条规定为”因防止、制止国家的、集体的财产或者他人的财产、人身遭受侵害而使自己受到损害的”，《侵权责任法》第23条规定为”因防止、制止他人民事权益被侵害而使自己受到损害的”，《民法总则》第183条规定为”因保护他人民事权益使自己受到损害的”。其中，”损害”意味着见义勇为可能因此牺牲及遭受的人格利益损害，”保护他人合法权益”意味着见义勇为的利他性，主要的差距在于价值取向上的公共利益属性。因此，对于见义勇为进行一定的限定，即要求为了保护公共利益而见义勇为，就具有了用途英雄烈士人格利益保护相同的高度与价值取向。

²⁹ 张莉：人格权法中的”特殊主体”及其权益的特殊保护，《清华法学》2013年第2期。

³⁰ 韩强：人格权确认与构造的法律依据，中国法学 2015 年第3期。

³¹ 李某、吴某是杭州一家理发店的同事，2018年12月30日晚上10时许，两人与另外三名同事相约去玩雪拍照。出发前，自称”军事迷”的李某换上自己收藏的一套仿一战德军军服及军帽，并将一套仿二战德军纳粹军服提供给吴某穿。两人之后在萧山烈士陵园持手机拍照，并在好友数为1940人的QQ空间发布，后被不断转发扩散，短时间内相关内容即达36800余条，社会影响恶劣，引发了网友的强烈不满。2019年1月8日，公安机关调查后根据情节严重程度，对李某和吴某分别处以行政拘留14日和7日的行政处罚。2019年4月4日，杭州中院正式受理由公益诉讼起诉人杭州市人民检察院提起的”被告李某、吴某侵害萧山烈士陵园烈士荣誉”的民事公益诉讼案。2019年5月21日，杭州市中级人民法院开庭审理此案，并当庭判决被告李某、吴某在省级以上公开发行的报纸上赔礼道歉、消除影响。《中国青年报》2019年05月23日。

³² 张莉：人格权法中的”特殊主体”及其权益的特殊保护，《清华法学》2013年第2期。

参考文献:

1. 漠耘:《主体哲学的私法展开——权利能力研究》,法律出版社2012年版。
2. 沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社,1992年版。
3. (日)星野英一:私法中的人——以民法财产法为中心,王闯译,载梁慧星:《民商法论丛》第8卷,法律出版社1997年版。
4. 房绍坤:英雄烈士人格利益不容侵害,《检察日报》2017年04月25日。
5. 刘颖:《民法总则》中英雄烈士条款的解释论研究,《法律科学》2018年第2期;
6. 杨立新:对民法总则草案规定第185条的看法, http://www.chinanotary.org/content/2017-03/16/content_7055561.htm?node=82573。
7. 康天军:英烈保护司法实务问题探析,《法学论坛》2018年第6期。
8. 张丽丽:论英烈保护公益诉讼的诉前程序,《西南政法大学学报》2018年第4期。
9. 武步云:《人本法学的哲学探究》,法律出版社2008年版,第84页。
10. 李宇航:民法总则英烈条款与英雄烈士保护法关系浅析,《人民法院报》2018年/6月/6日/第007版。
11. 葛云松:死者生前人格利益的民法保护,《比较法研究》2002年第4期。
12. 徐国栋:“人身关系”流变考(上、下),《法学》2002年第6-7期。
13. 迟方旭:《民法总则》第185条的核心要义是维护社会公共利益,《红旗文稿》2017年第3期。
14. 苏俊雄:《契约原理及其运用》,中华书局股份有限公司1978年版。
15. 张莉:人格权法中的“特殊主体”及其权益的特殊保护,《清华法学》2013年第2期。
16. 冷传莉:《论民法中的人格物》,法律出版社,2011年版。
17. 冷传莉:论人格物与一般人格权的内在契合,《法律科学》2013年第4期。
18. 韩强:人格权确认与构造的法律依据,中国法学 2015 年第3期。
19. 张新宝:《〈中华人民共和国民法总则〉释义》,中国人民大学出版社,2017年版。
20. [德]汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第一卷),商务印书馆2002年版。

Государственное строительство и право

Юридическая ответственность депутатов перед Всекитайским собранием народных представителей за продажу бюллетеней Legal Liability of the Deputies to NPC for Selling Ballots

Чжоу Хэн,
доцент Юридического института
Университета Внутренней Монголии, КНР
pangdongmei71@163.com

Zhou Heng,
Associate professor,
China Inner Mongolia University Law School

© Чжоу Хэн, 2020

Abstract. Deputies to people's congresses enjoy the right to elect the personnel of a state organ, members of the Standing Committee of the People's Congress at the same level and deputies to the People's Congress at a higher level in accordance with the provisions of the law. Based on the official nature of the right to vote, deputies to NPC can not transfer their right to vote and sell votes. As selling ballots is an illegal exercise of their official duty, they should assume for corresponding criminal responsibility for the crime of undermining election and bribery provided in the Criminal Law of China. Moreover, delegates to NPC who have the status of public officials shall be included in the supervision, and strengthen the responsibility inquiry.

Keywords: deputies to NPC sell ballots legal Liability.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.086-090

In recent years, there have been several famous cases of bribery election in China, which have aroused widespread concern of the society. The Party and the government have also made great efforts to control the phenomenon of bribery election disorder. Just as the crime of bribery is a target offender, where the parties will inevitably consist of who accepts bribes and sells votes. In view of the special status of NPC deputies, their behavior of selling ballots has a very bad social impact. Therefore, this paper will discuss the legal liability of deputies to NPC for selling ballots.

All citizens of the People's Republic of China who have reached the age of 18 have the right to vote and stand for election, regardless of ethnic status, race, sex, occupation, family background, religious belief, education, property status or length of residence, except persons deprived of political rights according to law.

1. Whether the deputies to people's congresses can sell ballots or not

1.1. Deputies to people's congresses have the right to vote

Article 34 of Constitution of the People's Republic of China (Constitution) provides that all citizens of the People's Republic of China who have reached the age of 18 have the right to vote and stand for election, regardless of ethnic status, race, sex, occupation, family background, religious belief, education, property status or length of residence, except persons deprived of political rights according to law. The right to vote is universal. Deputies to the NPC of China, on the basis of their functions and powers, enjoy the right to vote differently from ordinary citizens. Item 4 of article 3 of Law of the People's Republic of China on Deputies to the National People's Congress and Local People's Congresses at All Levels stipulates that deputies shall be entitled to the right that participating in all votes held by the people's congresses at the corresponding levels. In accordance with the Constitution and the Organic Law of the National People's Congress of the People's Republic of China, Law of the People's Re-

public of China on Deputies to the National People's Congress and Local People's Congresses at All Levels, the People's Congresses have the right to elect staff members of state organs and members of the standing committees of the same level, and deputies to the people's congresses at a higher level.

The above-mentioned provisions are the inevitable requirements of the system of the People's Congress of China. Firstly, the government, courts, procuratorates and supervisory committees are all elected by the People's Congress in China. The direct consequence is that the NPC elects the chief executive of the government, the president of the court, the chief procurator of the People's Procuratorate and the director of the supervisory committee. On this premise, the NPC supervises the organs mentioned before. Secondly, the election deputies to NPC is a combination of direct election and indirect election. Deputies at the county and township levels are directly elected by the voters, and deputies at or above the county level are elected by the lower level representatives. This determines that elections are a very important part of the work of the NPC. Meanwhile, the right to vote has become an important right of theirs. Therefore, the votes have great potential economic value in a certain degree.

1.2. Deputies to NPC cannot transfer their right to vote

What do transferring voting rights and selling ballots mean? This is essentially different from the transfer of property rights in the Civil Law, which usually includes the transfer of possession, use, making profits and disposition of property. In the field of elections, especially in indirect elections, the transfer of voting rights means voting following the intention of the bribers (the buyers), that is to say, those who perform their rights are still the ones of voting rights, not the bribery voters.

In that way, can NPC deputies transfer their right to vote and sell their votes? The author argues that this issue should start from the nature of the right to vote. There are different theories about the nature of the right to vote. Professor Jiao Hongchang, a Chinese scholar, summed up the nature of the right to vote as follows, Inherent Right Theory, Acquisition of Rights Theory, Social Position Theory, Jurisdiction Theory and the The Theory of Right and Duty. Zhang Zhuoming holds that there are six main theories about the nature of the right to vote as follows, Citi-

zenship Attribute Theory, Privilege Theory, Individual Rights Theory, Public Service Theory, Rights and Public Service Theory and Class Theory.¹ Both scholars insist that the recognition of the nature of the right to vote should be based on Rights.

In the above-mentioned theories, the author prefers the Rights and Public Service Theory. There is no doubt that the right to vote is absolutely a right. Nevertheless the official nature of it is often deliberately ignored by scholars. Because Public Service Theory is based on the premise of national legal person, and the subject of the right to perform this public service needs to meet the corresponding conditions, otherwise it can not be competent. It is also for this reason that strict conditions and procedures are laid down in law or the acquisition and loss of the right to vote. Scholars who negate this theory consider it not only seeks for a legal excuse for arbitrarily depriving citizens of their right to vote, but also puts on a legal cloak for bourgeois democracy².

In accordance with Rousseau's The Social Contract and The Theory of People's Sovereignty, every citizen can not be excluded from voting, so the Roman people are truly sovereign, both in law and in fact³. Moreover, among all individual rights, the right to vote is the right most closely related to people's sovereignty, and the right to vote comes directly from People's sovereignty⁴. The founding of New China made the Chinese people really become the masters of the country. The Theory of People's Sovereignty is a well-known theory of the source of national rights. The electoral system is an important way to ensure the realization of people's sovereignty — it is the people who participate in elections to elect their own representatives to bear the important responsibility of administering the country. As an individual right, the right to vote is closely related to human democracy. When emphasize the nature of it, we have treated it as an inherent right and can not be arbitrarily deprived. The state has also constructed the corresponding system in order to guarantee its realization.

However, we can not ignore the official nature of the right to vote. On the one hand, which means that there is a criterion of deprivation of the right, so take a normal mind to the public affairs; on the other hand, the special meaning of public affairs should be emphasized, because the performance of it will lead to corresponding liability. When citizens actively exercise their right to vote and conscientiously exercise

¹ Refers to Jiao Hongchang, *Legal Guarantee of Voting Rights*. Peking University Press, 2005. P. 10—17 ; *Zhang Zhuoming, On Voting Rights*. Social Science Literature Press, 2014. P. 55—88. Jiao Hongchang argues that the right to vote is a kind of legal right in essence, a basic right in terms of right status and a political right in terms of individual characteristics. While Zhang Zhuoming believes that, firstly, the right to vote is the moral right that people should enjoy. Secondly, it is the basic right recognized and guaranteed by the Constitution. Thirdly, it is in a dynamic position. Finally, the exercise of the final right to vote should be limited.

² Refers to Chen Hefu, *Election Mandarin*, published by Mass Publishing House. 1983. P. 73.

³ [France] Rousseau, *On Social Contract*, Translated by He Zhaowu. Commercial Press, 1980. P. 152—153.

⁴ *Ma Ling. An Analysis of the Nature of the Right to Elect*. 2008. No. 2.

supervision over the performance of people's deputies, there will be a benign state of social stability, people's well-being and political affairs being handled with integrity. On the contrary, there may be negative phenomena such as monopoly of power and serious corruption. Emphasizing the official nature aims to arouse citizens' sense of responsibility for performing their rights actively, and draw legislators more attention to it.

The official attribute of the right to vote is reflected in the right to vote in indirect elections of deputies. In direct elections, voters only represent themselves, while in indirect elections, deputies vote not only on behalf of their individuals, but also on behalf of the voters. They bear more responsibilities and obligations. The most basic principle is to vote for the most qualified candidate to be a higher representative according to his evaluation, which means that the sale of ballots (transfer of voting rights) is prohibited. There are three reasons as follows. Firstly, the sale of votes poses a threat to China's fundamental political system. The system of the People's Congress of China is a socialist system with Chinese characteristics, and indirect election to have a negative impact on the NPC system and reduce the its government credibility. Secondly, selling votes, power-for-money deals, deceives voters' trust in them, deprives voters of their right to participate in State Administration through indirect elections, and also infringes on the right of candidates to participate in elections on an equal footing. More importantly, selling votes is to challenge the bottom line of democracy and damaged not only the democracy itself, but also the image⁵. It sets a negative example for grass-roots democracy. It can be imagined that if we do not crack down on it severely, under the long-term influence of this phenomenon, the formation

of benign socialist election culture will inevitably be difficult.

Therefore, the author deems that deputies to the NPC can not transfer the right to vote and sell votes.

2. Whether the deputies to NPC should bear legal liability for selling votes

As mentioned above, the nature of the right to vote determines that it can not be transferred. Therefore, the law (including bribery and other bribery cases other than bribery)⁶ stipulates that bribery in elections is held liable⁷, but the act of selling ballots isn't explicitly stipulated.

2.1. Selling ballots is an illegal act of exercising one's duties

Generally speaking, the duty behavior of deputies to NPC can be divided into behavior in public law (the action of power) and the in private law (the action of non-power). Generally speaking, public law can not benefit directly from official behavior, while private law can do. For example, bankruptcy laws in many countries generally provide that the bankruptcy administrator has the right to remuneration when performing his duties⁸. Exercising their rights is a duty in public law, that is to say, it can not benefit directly from such duties as proposals, speeches, votes and investigations. If deputies to the NPC benefit from the transfer of the right to vote and the sale of ballots, it violates the basic principles of the exercise of their duties, and at the same time abuses the rights of deputies. This will make it difficult to achieve the value and goal of their duties, because theoretically it is not an individual behavior, but on behalf of all citizens and voters⁹.

⁵ Shen Shouwen. The Logic of "Bribery Election" of NPC Representatives — Warning of Liaoning Bribery Election Case // *Oriental Law*. 2017. No. 1.

⁶ Refers to Zhou Heng, Definition of Bribery Election and Improvement of Its Legislation // *Journal of Kunming University of Technology (Social Science Edition)*. 2008. No. 11.

⁷ Article 57 of Election Law provides that, in order to ensure that the voters and deputies freely exercise their right to vote and right to stand for election, a punishment in respect to management of public security shall be imposed upon the persons who commit any of the following acts that undermine the election and violate the regulations on management of public security. If a crime is constituted, the criminal liability shall be investigated for: (1) use of money or other properties to bribe the voters or deputies or to impede the voters or deputies freely exercising their right to vote or right to stand for election. Article 23 of Public Security Administration Punishments Law provide that Where a person commits any of the following acts, he shall be given a warning or a pecuniary penalty. If the circumstances are serious, he (she) shall be detained for not less than 5 days but not more than 10 days and may be fined 500 yuan (5). He (She) disturbs the order of any on-going election. Article 256 of the Criminal Law provides that in electing deputies to the people's congresses at all levels or leaders of state organs, those who undermine the elections or obstruct voters and deputies from freely exercising their right to vote or be elected by using force, coercion, deception, bribe; by falsifying election documents; by making a false report on the numbers of ballots; or by using other means, if the case is serious, are to be sentenced to three years or fewer in prison, put under criminal detention, or deprived of their political rights.

⁸ Refers to Chen Boli and Zheng Ling. A Study on the Exemption System of Members of Parliament — Also on the Improvement of the Relevant System of the National People's Congress of China. No. 6. *Jiangsu Social Sciences*, 2005.

⁹ Xu Qingxiang. The Constitutional Order Must Be Considered as a Whole, published in the sixth edition of *China Times* on April 23, 1983. Quoted from Chen Boli and Zheng Ling, Research on the Exemption System of Members of Parliament —

2.2. Deputies to NPC should bear legal responsibility for selling ballots

Chinese scholars and media deeply condemned the bribery electors for bribery election case in Hengyang and Liaoning. The appearance of the phenomenon destroys the legitimacy foundation of the state organs, and the national power organs thus constituted are not authoritative¹⁰. From this point of view, the bribery election has destroyed the integrity and orderly operation of the electoral system and the foundation of democratic politics in China. In fact, those who sell ballots should also be blamed.

The author argues that the right to vote is different from other rights, it is also a political right to meet the public interest, and therefore is also a social obligation. Because the purpose of elections is to realize public interests and the right to vote serves the society, the right to vote can not be deprived but also can not be transferred. Therefore, the author believes that the responsibility of selling ballots should be stipulated. There is no doubt that to vote is a way of exercising their functions and powers.

The voting behavior of deputies to the National People's Congress is indisputable and a way of However, the selling of votes by deputies to the National People's Congress is the prior act of voting, which directly affects the results of the exercise of voting rights. Therefore, they can not be separated. Moreover, the illegality of previous acts should determine the illegality of subsequent acts, so that the illegality of previous acts should be taken into account when determining whether to pursue the legal liability of voting acts. In the case of bribery, the internal handling mechanism of the People's Congress is also functioning. In the case of bribery election in Hengyang, 518 NPC deputies participated in selling ballots, and 6 out of 518 were stopped due to their removal from administrative region, 512 NPC deputies were ordered to resign and lose their rights. This kind of order to apply for resignation is only a disciplinary mechanism within the NPC. For the part-time NPC deputies, it only loses their status as NPC deputies. It does not affect their own work nor their lives, and does not play a deterrent role at all. Therefore, it is not enough to stipulate only the political responsibility of NPC deputies to sell ballots, and their legal responsibility must be stipulated.

3. Deputies to NPC should bear what legal liability

This paper argues that it is an act of sabotaging elections to selling votes. In accordance with Election Law of the People's Republic of China for the National People's Congress and Local People's Congresses at All Levels, the Public Security Administrative Punishments Law of the People's Republic of China and Criminal Law of the People's Republic of China (Criminal Law), the perpetrator should bear the administrative responsibility and criminal responsibility and this article focuses on criminal responsibility.

In accordance with the provisions of Article 256 of the Criminal Law, In electing deputies to the people's congresses at all levels or leaders of state organs, those who undermine the elections or obstruct voters and deputies from freely exercising their right to vote or be elected by using force, coercion, deception, bribe; by falsifying election documents; by making a false report on the numbers of ballots; or by using other means, if the case is serious, are to be sentenced to three years or fewer in prison, put under criminal detention, or deprived of their political rights. The article lists the means of sabotaging the election, including bribery. Bribery is a two-way concept, which includes bribery and take bribes and they are interdependent. The act of selling and bribe has destroyed the electoral order, lowered the government credibility, affected the results of the elections and hindered the perform of other citizens' right to vote. If the circumstances are serious, shall be subject to criminal responsibility according to the law. It is worth pondering whether the sale of ballot should be liable for the crime of bribery. Item (2) of Article 182 of the Law of the People's Republic of China on Deputies to the National People's Congress and Local People's Congresses at All Levels stipulates that Deputies to the National People's Congress are component members of the highest organ of State power, and deputies to the local people's congresses at various levels are component members of the organs of State power at the corresponding levels. And item (3) provide that Deputies to the National People's Congress and to the local people's congresses at various levels shall, representing the interests and will of the people, participate in the exercise of State power in accordance with the functions and powers vested in the people's congresses at the corresponding levels by the Constitution and relevant laws. Since Deputies to the NPC are naturally staff members of the state organs of power, they are performing their official duties to elect deputies to the NPC at a higher level.

Also on the Improvement of the Relevant System of the National People's Congress of China, 6. Jiangsu Social Sciences, 2005.

¹⁰ *Mo Jihong*. Facing the Three Challenges : A Jurisprudential Analysis of the Bribery Election Event in Hengyang // Jurisprudence Review. 2014. No. 2.

Therefore, Selling votes, accepting bribes and seeking benefits for bribers are in line with the substantial characteristics of the crime of bribery.

In fact, there are also precedents in Western countries where parliamentarians are subject to legal sanctions for bribery. For example, on 4 June 2003, the Finnish Parliament unanimously passed a law prohibiting members from accepting bribes and added it into Finnish Criminal Law. In accordance with it, if a member of the Finnish Parliament accepts bribes and commits to act in accordance with the wishes of the briber, it will be considered illegal and suffer legal sanction¹¹.

In the Supervision Law of the People's Republic of China (hereinafter referred to as the Supervision Law), deputies are in a supervised status being clearly defined so as to make accountability inquiry more effective. The Supervision Law realize the full coverage of national supervision, including all public officials exercising public power. Professor Qin Qianhong believes that for NPC deputies who do not have the status of public officials, even if they engage in illegal activities, they should not be supervised by the supervisory organs, but should be punished by the NPC and its Standing Committee through internal disciplinary punishment¹². In accordance with the provisions of the Representative Law, deputies who engaged in such illegal activities shall be removed or temporarily suspended from performing their duties. This paper holds that since supervision should cover all those who exercise public power, deputies to the NPC should be included, because their various acts are actually exercising public power. Moreover, from the current situation of corruption in China,

the source of power, that is, the generation of deputies to the NPC, has exposed a serious situation of corruption. If anti-corruption does not start from the source and correct the understanding that NPC deputies are responsible for the superior not the inferior, anti-corruption can only cure symptoms but not the root cause. Therefore, it is necessary and reasonable to cover deputies to NPC who do not have the status of public officials in the objects of supervision.

4. Conclusion

This paper mainly analyses the legal liability of the deputies to the NPC for selling ballots. In fact, in direct elections, there may also be voters selling ballots. Based on the official nature of the right to vote, legal liability for the act of selling ballots should also be stipulated in direct elections, but it should not be too strict. Because China has not yet formed a benign voting culture in which voters actively participate in voting. Too severe a crackdown on the sale of votes will have a greater negative impact on the enthusiasm of voters. In addition, in practice, even if many voters accept "bribes", they may still vote according to their own wishes, instead of voting in favour of bribery voters, because of the principle of secret voting. And there are many complicated factors in bribery cases in life. Therefore, only administrative responsibility inquiry is enough in direct elections for voters selling votes. At the same time, it should be stipulated that voters will not be punished if they voluntarily confess and hand over their acceptance of bribes when the administrative and judicial organs investigate.

¹¹ Finland passes a law prohibiting bribery of parliamentarians // *Horizon of Integrity*. 2003. No. 10.

¹² *Qin Qianhong*/ Constitutional Orientation of China's Supervisory Organs // *Centering on the Relations between State Organs, Chinese and Foreign Jurisprudence*. 2018. No. 3.

俄罗斯转型期宪法制度的发展

Развитие конституционного строя Российской Федерации в переходный период

Development of the Constitutional System of the Russian Federation in the Transition Period

王海军¹华东政法大学
nivi2006@163.com

Ван Хайцзюнь,

доктор юридических наук, доцент Восточно-китайского политико-юридического университета,
исследователь Института иностранного права и сравнительного правоведения
при Восточно-китайском политико-юридическом университете,
исследователь Исследовательского центра «БРИКС» университета Фудань

Wang Haijun,

Associate Professor, the East China University of Politics and Law,
Researcher, the Institute of Foreign Law and Comparative Law,
the East China University of Politics and Law,
Researcher, the BRICS Research Centre of Fudan University, Doctor of Law

© Ван Хайцзюнь, 2020

内容摘要: 1993年12月《俄罗斯联邦宪法》通过，一系列具有现代宪法精神的制度被确定下来。《俄罗斯联邦宪法》确认了西方民主政治的模式，仿照西方采取了“三权分立”制度，在实践中演变出了立法、行政、司法、总统、检察“五权分立”模式，并相应地形成了权力制约和监督机制。在宪法民主模式之下，宪法对司法权独立予以确认，人权保障的宪法确认使得人权价值不断凸显，宪法监督制度保障了宪法的良性运行。在俄罗斯联邦宪法制度发展过程中，依然存在着诸多问题，如总统权对分权和权力制约的限制、人权保障与国家主权之间的冲突、司法权独立的困境、宪法监督制度与政治之间的微妙关系，这些都给宪法制度的发展提出了挑战。《俄罗斯联邦宪法》及宪法制度的优化都需要对这些问题予以关注和解决，并继续推动俄罗斯政治体制、经济和社会发展。
关键词: 《俄罗斯联邦宪法》；权力制约；人权保障；司法权独立；宪法监督制度

Аннотация. Конституция Российской Федерации была принята в декабре 1993 г., ею было закреплено современное государственное и общественное устройство страны. Конституция Российской Федерации восприняла модель западной демократии, она следует западной системе разделения властей на три ветви. На практике реализована модель разделения властей на пять ветвей: законодательную, административную, судебную, президентскую и прокурорскую власть. Сформирован механизм сдержек и противовесов для ограничения функций ветвей власти. В соответствии с моделью децентрализации Конституция обеспечивает независимость судебной власти, конституционное закрепление защиты прав человека, делает ценность прав человека по-прежнему значимой, а конституционный надзор гарантирует действие Конституции. В развитии конституционного строя Российской Федерации по-прежнему существует много проблем, таких как ограничение президентской власти, конфликт между защитой прав человека и государственным суверенитетом, независимость судебной власти, противоречие между устройством конституционного надзора и политикой. Эти проблемы представляют собой вызов развитию конституционного строя. Оптимизация Конституций Российской Федерации и конституционного строя требует рассмотрения и решения этих проблем и будет способствовать развитию российского политического строя, экономики и общества.

Ключевые слова: Конституция Российской Федерации, конституционный строй, разделение властей, защита прав человека, независимость судебной власти, конституционный надзор.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.091-099

¹ 王海军，华东政法大学副教授，法学博士。

俄罗斯宪法的发展自20世纪初始，当时俄罗斯诞生了其历史上的第一部宪法——1906年根本法，召开了历史上的第一届民选议会——国家杜马，俄罗斯的君主专制也演变成了立宪君主制，这成为了俄罗斯宪法史上一个重要的里程碑。十月革命以后，第一部社会主义性质宪法——1918年苏俄宪法出台，这是俄罗斯社会主义转型过程中在政治上的集中表现，并成为了其时代国家政治发展的标志。苏联解体之后，“取代苏联的是一个新的国家，一个有着与以前不同的边界、内外政策、政治制度和政权体制的国家，”²俄罗斯的历史也由此进入一个新的时期——“俄罗斯联邦时期”，并开始了新一轮的社会转型，“这次社会转型和国家定位是继20世纪前期的那次重大转折后的第二次重大转折。”³1993年12月，俄罗斯联邦以全民公决的方式通过了现行的《俄罗斯联邦宪法》，“民主政治”、“主权在民”、“三权分立”等宪法原则被确定下来，明确了俄罗斯的联邦制国家结构形式，建立了议会制和总统制，这一系列体现宪制精神的制度为俄罗斯政治选择和发展模式确立提供了宪法保障，对俄罗斯此后政治体制的走向和平稳运行起到了决定性作用，也呈现出了具有现代意义的宪法精神。

一、分权下的“五权”模式

在苏维埃国家时期，分权观点遭到了来自于阶级观点的猛烈抨击。苏维埃学说否认这种无说服力的分权理论，它被认为是暗含着资产阶级本质，充满了消极的法律功能。虽然形式上否认分权理论，但是社会主义国家的学说、苏维埃国家建设理论和实践上仍采用分担管理国家事务社会工作的思想观念，允许为在实务中实现自己目标而赋予国家机关以统一权力的职能。否定分权理论绝不意味着苏维埃科学否定权力的职能性划分，但重要问题在于很快苏维埃实际上变为了无权机关，实际权力集中在执政的苏共手中，而且在苏维埃国家中没有运行和实现制约平衡制度。³这种情况直到苏联后期才开始改观。

（一）分权机制的宪法表现

在20世纪80年代戈尔巴乔夫执政后，俄罗斯进入了民主改革阶段，分权理论在俄罗斯联邦开始获被官方认可，提出了建立法制民主国家的目标促进分权理论的发展。⁵

俄罗斯联邦的分权原则在《国家主权宣言》第13条中首次获得了官方认可，司法权作为一种国家政权的结构被确定下来，此后在“俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国司法改革构想”（以下简称“司法改革构想”）的司法改革任务中也从司法权独立角度提出分权原则。1992年4月21日，分权原则被规定在1977年《俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国宪法》的修订案中，分权原则从而获得了宪法地位，这也成为了俄罗斯联邦宪法制度的典型特征。⁶但处于过渡国家形态的俄罗斯，各种权力之间的关系并未完全理顺，所以这部宪法与其他国家的宪法相区别的是，其中不包含对“制衡”制度的参照，只是有限地在第10条中简洁指出将权力划分为立法权、行政权和司法权的分权原则，以总统为代表的行政机关依然处在最高地位，并凌驾与其他所有权力之上，所以这部宪法依然保留着苏维埃国家宪法的色彩。

在叶利钦在下令封杀俄罗斯最高苏维埃和人民委员会并取缔苏维埃政权之后，通过了《俄罗斯联邦宪法》。这部宪法完全不同于苏维埃时期的宪法，它彻底放弃了“社会主义”及其立法原则，转而采用了西方式的“民主政治”、“主权在民”和“三权分立”等宪法基本原则。根据这些基本原则，1993年宪法取消了议行合一的苏维埃制度和民主集中制原则，规定了“分权和制衡原则”，确立了立法、行政和司法三个权力分支各自分立，由俄罗斯联邦的联邦议会、俄罗斯政府和俄罗斯法院行使。⁷

转型期的俄罗斯从国家权力统一理论到分权理论的转变原因，首先就是要肯定民主法治国家只能建立在分权基础上，后者可以被认为是法治国家的制度基础和实现它的必要条件。与建立“制衡”制度来实现权力平衡的思想相一致，不同权力分支之间相互影响的必要性的论点补充了分权理论，这既源于国家权力的统一性，也源于国家政治的总体方向。

（二）“五权分立”模式

从宪法文本中看，俄罗斯联邦所采取是“三权分立”的方式，但是在其条文和政治体制背后，还存在两种权力类型，即总统权与检察权。

1. 超级总统制下总统权

俄罗斯的民主特色是“威权民主”，在这种模式之下的总统及其权力就显得比较特殊，在国家发展过程中成为主要推动力和领导核心。俄罗斯联邦总统的宪法地位是国家元首，其作为国家权力机关的重要组成部分，通过行使元首权以实现其法定职权，但是俄罗斯联邦总统行使的权力并不属于“三权”体系之列，而是超越于“三权”之上，因此其在国家政治生活中居于主导性地位。⁸在俄罗斯联邦的总统制形成之初，总统权力就已经被人为扩大了，形成了一个“超级总统制”。可以说，俄罗斯总统的权力虽然被规定在宪法之中，但在实践中俄罗斯总统有所用的权力超过宪法所规定的，因为“在俄罗斯传统中，最高统治者对

² [俄]鲍里斯·叶利钦：《午夜日记——叶利钦自传》，曹缦西等译，译林出版社2001年版，第409页。

³ 余伟民：“论俄罗斯社会转型的特殊性”，载《史学理论研究》2004年第2期。

⁴ См.: Джангирян Ж. Д. Соотношение теории разделения и единства властей // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 4.

⁵ См.: Ржевский Н. М., Чепурнова Н. М. Судебная власть в Российской Федерации: конституционные основы организации и деятельности. М., 1998. С. 34.

⁶ См.: Авакьян С. А. Конституционное право России : учебный курс. М., 2010. С. 591.

⁷ См.: Конституция Российской Федерации (с гимном России). М., 2014. Ст. 10, 11.

⁸ 参见刘向文：《俄国政府与政治》，台湾五南图书出版公司 2002年版，第150页。

权威的保持不需要合法性基础，拥有权力本身这个事实对于认可其权威就足够了，”⁹这在近些年表现的比较明显。在“梅普结合”时期，梅德韦杰夫成为国家权力的代表，但是普京依靠其在国内的政治影响力作为支撑，其所拥有的实际权力却在某种程度上超越了宪法规定，而且在“梅普结合”的权力体制之下，普京依然具有极高的优势。在梅德韦杰夫任总统后即修宪将总统任期由4年延至6年，¹⁰这无疑也是为普京更加长久执掌俄罗斯提供宪法保障。普京再次当选总统之后，秉承了以往的权力行使方式和模式，造成了对各领域的权力干涉，继续体现其权力的强大性。

俄罗斯总统制与西方总统制不同，其具有东方主义色彩，因此在发展过程中逐渐体现出来其优越性和弊端，尤其是在普京执政时期，俄罗斯民众对其信任和支持，更让这种总统权力有了一定“扩张”的基础，这也使其始终成为俄罗斯国家中的一个最重要的权力分支。

2. 脱离司法权的检察权

对于检察权而言，其在俄罗斯联邦宪法中始终未被提及，它最初也没有最为一个独立的权力而存在，但随着俄罗斯的社会转型，检察制度开始改革，”并在保障俄罗斯联邦所有权力分支，包括司法权的活动的合法性中发挥重要作用。”¹¹同时，为了保证法院成为行使司法权的唯一机关，检察权与司法权开始分离，并凸显了其监督属性，但也是因为其监督性使得俄罗斯联邦转型期对检察机关和检察权的法律定位不断争论，期间出现各种法律文件对此问题予以确认和解释。

检察院的宪法法律地位，以及其在国家机关体系中的位置和作用的不足和缺陷催生了通过修改宪法来排除上述不足的必要性。2013年11月22日，《修订俄罗斯联邦宪法中〈俄罗斯联邦最高法院和俄罗斯联邦检察院〉的法律》通过，其中”就考虑到之前很早就表现出的关于修改俄罗斯宪法第7章名称必要性的理论性建议。”¹²基于此，2014年2月5日俄罗斯联邦对宪法进行了修改，在将第7章的名称由”司法权”改为”司法权和检察机关”的同时，还规定了俄罗斯联邦副总检察长的宪法地位。¹³《俄罗斯联邦宪法》的修改，从根本法层面确认了检察机关并非司法权机关，而是具有独立的宪法地位的特殊机关，这极大地提高了俄罗斯联邦检察机关的独立性，也进一步强化了其宪法地位，同时通过赋予俄罗斯联邦副总检察长以宪法地位来提升检察机关在整个国家宪法制度中的地位。尽管没有扩大检察权，但更有利于检察机关今后顺利地履行职权。这样，检察权就与司法权彻底分立，成为一种独立的权力形态而存在俄罗斯联邦的权力分支之中。

如前所述，转型期的俄罗斯经历了一个从国家权力统一理论到分权理论的转变，仿照西方三权分立原则设计了自身的权力体系，并逐渐将三权分立演变成了总统权、立法权、行政权、司法权、检察权分立的”五权”模式，这种源于西方而有带有明显俄罗斯性格的权力分立模式为其宪法和宪制增添了特殊色彩。

二、权力制约与监督

在俄罗斯社会转型期间，权力分立成为法治国家的前提条件和必要保障，并在此基础上形成了权力制约与监督机制。

(一) 俄罗斯的权力制约

俄罗斯宪法制度中建立”制衡”制度来实现权力平衡。可以说，不同权力分支之间相互影响必要性的论点补充了权力制约理论，其含义在于，”如果一个权力分支缺乏履行自己职权的权能或能力，如果宪法对此予以规定且被协助的权力分支也不反对，其他权力就要以自己的方式对它给予协助。”¹⁴

第一，在立法权与司法权之间。首先以宪法形式赋予立法机关负责规定司法机关和法院设制的职能。立法机关根据自己组织和机构上的性质可以自由地选择法院系统的组织模式和诉讼程序，规定其组织和构成，确定司法机关的审级和管辖范围。立法权以这个形式限制司法权是符合司法审判和诉讼程序固有传统，以及国内具体的社会政治情况最合适和最有效的方式；其次，立法权被吸收参与到司法团体最高负责人的遴选程序中，以此实现人事监督。从司法权自身方面讲，俄罗斯联邦最高法院被赋予立法动议权，包括涉及自身结构、职权客体、法官地位，以及法院和其他国家权力机关、与民众的相互关系。¹⁵此外，俄罗斯联邦宪法法院决议的法律效力优于联邦法律和联邦宪法性法律的效力，因为前者可以认定后者的个别条款不符合联邦宪法并因此使其丧失法律效力。

第二，在司法权与总统权之间。俄罗斯联邦总统在履行自己职权的过程中有权向相应的法院提出问题，最常见的就是总统向宪法法院提出关于联邦法律，俄罗斯联邦主体宪法和法规的合宪性问题。¹⁶在《俄罗斯

⁹ Кененова И. П. Российская традиция власти и расширение полномочий Президента Российской Федерации // Конституционное право и правовая культура Японии и России: вопросы развития. М., 2014. С. 140.

¹⁰ См.: Федеральный закон о поправке к Конституции Российской Федерации от 30 декабря 2008 г. № 6-ФКЗ “Об изменении срока полномочий Президента Российской Федерации и Государственной Думы”.

¹¹ Галузо В. Н. Власть прокурора в Российской Федерации // Закон и право. 2008. № 5.

¹² Эриашвили Н. Д. Судебная власть в российской федерации: тенденции и перспективы развития. М., 2016. С. 43.

¹³ См.: Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ “О Верховном Суде Российской Федерации и Прокуратуре Российской Федерации”.

¹⁴ Енгибарян Р. В. Конституционное развитие в современном мире. Основные тенденции. М., 2007. С. 242.

¹⁵ См.: Эриашвили Н. Д. Судебная власть в Российской Федерации: тенденции и перспективы развития. М., 2016. С. 36.

¹⁶ См.: постановления Конституционного Суда РФ от 1 декабря 1990 г. // СЗ РФ. 1999. № 51. Ст. 6364 ; от 31 июля 1995 г. // СЗ РФ. 1999. № 33. Ст. 3424 ; от 30 апреля 1996 г. // СЗ РФ. 1999. № 19. Ст. 2320.

联邦宪法》第80条中规定总统有义务保证国家权力机关，包括法院本身的协调一致和相互配合。¹⁷总统和行使司法权的国家机关相互作用的重要意义为2003年8月11日发布的第961号俄罗斯联邦总统令，以及相应的《关于完善司法审判权问题的俄罗斯联邦总统会议条例》所证实。同样，司法权也被赋予了一系列针对俄罗斯总统的职权，俄罗斯总统的规范性法律文件在司法权审查其合宪性或合法性的情况下可以成为宪法或者行政司法监督的客体。此外，宪法法院和最高法院有权参与总统的罢免程序。¹⁸

第三，司法权与检察权之间。法院和检察院的相互作用在司法机关与其他护法机关的相互作用中占有特殊地位。俄罗斯联邦检察院所行使的检察权在国家权力机关体系中处于独立地位，在保障俄罗斯联邦所有权力分支，包括司法权的活动的合法性中发挥重要作用。¹⁹法院和检察院的相互作用构建了旨在合作和互相职业监督，以及以提高司法审判、监督和所有护法活动的合法性和效率水平为目的的法律关系领域。法院在刑事诉讼的诉前阶段对检察监督的合法性问题进行监督，包括对检察长做出的与犯罪预审程序中适用诉讼强制措施的相关问题的决定进行监督，检察院同样也对司法判决的合法性进行检察监督，这不能被看做是它们相互限制对方独立性的方式。

《俄罗斯联邦宪法》所确定的权力制约原则在俄罗斯国家政治发展、法治建设过程中被较好的实践了，这种制度模式即便是在总统权力过大的情况下也没有被恶意地打破，甚至在某种意义上，总统权力是对各权力分支的相互制约和平衡的保障。

(二) 权力监督

俄罗斯在分权原则之下形成了多种监督机制，主要包括宪法法院的监督和议会监督，以及检察机关的监督，并在法治实践中不断推进和发展。

1. 宪法法院的监督

俄罗斯联邦宪法法院的权力监督作用不可忽视。俄罗斯联邦宪法法院合法合理地通过宪法监督解决权力机关之间所产生的关于权限的纠纷，同时体现出对所有共和国权力机关系统的活动的良性影响。²⁰俄罗斯联邦宪法法院对权力的监督还体现在对国家权力机关运行权力过程中违宪审查，这项职能在提高俄罗斯宪法权威和宪法司法化过程中都不断地推动法治发展。

2. 议会对权力的监督

《俄罗斯联邦宪法》赋予俄罗斯联邦议会以监督权，包括监督联邦政府权和弹劾联邦总统权，其中“监督联邦政府权”是指对政府的财政监督权、维护人权情况的监督权、质询权和举行议会听证会”。²¹在梅德韦杰夫任总统期间，俄罗斯议会通过了“关于国家杜马对政府监督职权”的宪法修正案，对《俄罗斯联邦政府法》相关条款也进行了修改，要求政府向国家杜马作年度工作报告，其中包括国家杜马直接规定的问题，这些报告还需要在《俄罗斯报》和《议会报》上公开发表。²²这加强了俄罗斯议会对政府工作的监督力度，扩大了议会的监督职能。

3. 检察机关对权力的监督

俄罗斯检察机关在性质上是一种国家为保障其所创制的法律实施的特殊机关——“护法机关”，²³其“首要职能在传统意义上依然被认为是法律监督，”²⁴其中“检察监督活动非常广泛，需要按照其实现监督职能的法律关系中做出区分，所有这些都表达出了检察监督的领域。”²⁵在对权力监督方面，检察机关的监督职能体现在对执行法律的情况的监督，对恪守人和公民权利和自由情况的监督，对侦查机关、初步调查机关执行法律情况的监督，对执行刑罚和其他强制措施的机关执行法律情况的监督，以及对司法警察执行法律情况的监督。可见，检察机关在各权力领域都具有监督权。

俄罗斯在建设民主法治国家的过程中，始终坚持了宪法至上的原则，凸显了对权力制约和监督的态度，这对巩固已有的权力体系和权力运行机制，以及在这此基础上继续推进法治是十分重要的。

三、宪法监督制度的发展与意义

宪法监督机制是维护宪法实施的必要机制，也是宪法制度发展重要保障。俄罗斯联邦的宪法监督制度是围绕着宪法法院的职能展开的。从历史发展来看，俄罗斯联邦宪法法院在苏联后期政治转型阶段就已经开始形成，其背后是基于俄罗斯当时的价值指向和理论的指引和支撑，即“宪法法院的产生借助于俄罗斯追

¹⁷ 《俄罗斯联邦宪法》第80条：俄罗斯联邦总统是俄罗斯联邦宪法、人和公民的权利和自由的保证人。他按照俄罗斯联邦宪法规定的程序，为维护俄罗斯联邦主权、独立和国家完整而采取措施，保证国家权力机关协调地行使职能并相互配合。

¹⁸ 《俄罗斯联邦宪法》第93条：俄罗斯联邦总统只能由联邦委员会根据国家杜马所提出的叛国罪或实施其他重大犯罪的指控予以罢免，这一指控须由俄罗斯联邦最高法院关于俄罗斯联邦总统行为中具有犯罪特征的结论和俄罗斯联邦宪法法院关于提出指控符合规定程序的结论所证实。

¹⁹ См.: Галузо В. Н. Указ. соч.

²⁰ См.: Осипян Б. А. Конституционно-судебное разрешение споров о компетенции // Российская юстиция. 2008. № 2.

²¹ 韩大元主编：《外国宪法》（第四版），中国人民大学出版社2014年版，第143页。

²² См.: Федеральный закон Российской Федерации “О контрольных полномочиях Государственной Думы в отношении Правительства Российской Федерации”.

²³ См.: Воронцов С. А. Правоохранительные органы Российской Федерации : учебник. 4-е изд., — перераб. и доп. / Ростов н/Д., 2010. С. 440-445.

²⁴ Кириллова Н. П., Стойко Н. Г. Правоохранительные органы. М., 2016. С. 226.

²⁵ Кириллова Н. П., Стойко Н. Г. Указ. соч. С. 227.

求构建自由的公民社会、法治国”²⁶在戈尔巴乔夫执政时期，“法治国”思想在俄罗斯开始兴起，而当时苏维埃社会对宪法保障的认识是，“在我们国家，对保障宪法权威的评价，肯定的说是令人不满意的。宪法经常被规避和违背，甚至是破坏。大量的政府指示、部门命令的随意改变断送了宪法原则和宪法规范，”²⁷所以“法治国”思想的贯彻必须要保证其对宪法地位和宪法观念的积极影响，以及解决维护宪法权威和保障宪法的有效实施。

（一）宪法监督制的建立与发展

随着俄罗斯改革派对“法治国”思想与宪法之间关系的认识，宪法法院的建立工作也逐渐被提上日程，具体是根据几部宪法修改法逐渐完成的。

1990年3月14日，在非例行的苏联人民代表大会通过了1977年苏联宪法的第三个修正案——《苏维埃社会主义共和国联盟关于设立苏联总统职位和修改补充苏联宪法（根本法）的法律》，设立了总统，规定了总统选举程序和职权，承认其他合法政党存在，且三权分立原则开始被确立。²⁸这样，以往在苏联人民内心中“苏维埃至高无上”的观念逐渐消解。从宪法层面和社会意识角度观察，建立宪法法院的时机已经成熟。因此可以说，虽然宪法法院的建立在这个阶段还处在一个不明确的状态，但是多少预示着其在之后的发展态势。

1990年12月15日的《修改和补充俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国宪法法》第119条的规定，俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国宪法法院由俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国人民代表大会选举产生。俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国宪法法院的选举和活动程序由宪法法院法具体规定。²⁹这在宪法层面上已经确认了宪法法院建立的准备工作，也为之后建立宪法法院及其法官群体的形成奠定了根本法基础。

1991年5月24日，《修改和补充俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国宪法》的联邦法律通过，其中第136条中正式将俄罗斯宪法法院与其他法院一样被纳入俄罗斯的司法体系之内，³⁰宪法法院的宪法地位也由此确定。根据修改后宪法的确认和肯定，俄罗斯最高苏维埃于1991年5月16日通过了俄罗斯历史上的第一部宪法法院法——《俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国宪法法院法》，同年7月12日俄罗斯联邦人民代表大会通过了该法的修正案，其中第1条就明确规定“俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国宪法法院是最高宪法监督机关，在宪法诉讼领域行使司法权。”³¹这些立法在基本层面上“构成了俄罗斯联邦宪法法院的组建与运行的最早、最直接法律依据。”³²随着司法改革的推进，俄罗斯联邦宪法法院于1991年12月正式建立，但是在联盟层面上还没有类似法院。³³就这样，“俄罗斯历史上第一次建立了真正意义上的违宪审查机构——宪法法院，宪法法院的成立标志着俄罗斯在维护宪法权威、促进法治方面的重大进步。”³⁴但是在宪法法院行使宪法司法权的同时也陷入了联邦总统叶利钦与议会之间的权力冲突之中，陷入了权力运行危机。

1993年12月，《俄罗斯联邦宪法》通过，关于俄罗斯联邦宪法法院的内容在“司法权”一章当中予以规定，同时进一步完善了俄罗斯联邦宪法法院的组织和活动原则。³⁵1994年7月12日，俄罗斯联邦国家杜马通过了《俄罗斯联邦宪法法院法》，规定“俄罗斯联邦宪法法院是实施宪法监督的司法机关，它按照宪法诉讼程序独立自主地行使司法权”，³⁶在立法进一步落实了宪法中关于宪法法院法律地位的规定。与此前的宪法法院法相比较，这部法律具有宪法性法律文件的性质，整体上提高了宪法司法权在国家权力体系中的地位和作用。³⁷1995年3月，宪法法院开始正常工作，俄罗斯联邦层面的宪法司法运行的硬件设施宣告完成。

在俄罗斯转型初期，只在联邦一级设立了宪法法院，由两个审判庭组成，其中一个庭有9名法官组成，另一个庭则有10名法官组成，具体构成有抽签方式完成。同时设立全体法官组成的全院会议，实质上在宪法法院内部形成了三个审判组织。法院设院长、副院长和秘书法官，他们均通过宪法法院全员法院会议从19名法官中选举产生，3年任期，可连选连任。

根据宪法的规定，俄罗斯联邦宪法法院可以根据俄罗斯联邦总统、联邦委员会、国家杜马、联邦委员会1/5委员或国家杜马1/5议员、俄罗斯联邦政府、俄罗斯联邦最高法院、俄罗斯联邦高等仲裁法院、俄罗斯联邦各主体立法和行政权力机关的要求，对文件的合宪性案件进行处理。基于此，宪法法院的职权包括：

²⁶ Витрук Н. В. Конституционное правосудие в России (1991-2001 гг.): очерки теории и практики. М., 2001. С. 11.

²⁷ Глушко Е. К., Козлов А. Е. Современный конституционализм. М., 1990. С. 41.

²⁸ 参见伍元译：“苏维埃社会主义共和国联盟关于设立苏联总统职位和修改补充苏联宪法（根本法）的法律”，载《环球法律评论》1990年第3期。

²⁹ См.: Закон РСФСР от 15 декабря 1990 г. “Об изменениях и дополнениях Конституции (Основного Закона) РСФСР”. Ст. 119.

³⁰ Закон РСФСР от 24 мая 1991 г. “Об изменениях и дополнениях Конституции (Основного Закона) РСФСР”. Ст. 136; 具体内容：俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国的法院体系包括：俄联邦共和国宪法法院、俄联邦共和国最高法院、俄联邦共和国最高仲裁法院、由俄联邦共和国组成的共和国最高法院和最高仲裁法院、边疆区、州、市法院和仲裁法院、自治州、自治县法院和仲裁法院、区(市)人民法院。

³¹ Закон РСФСР от 12 июля 1991 г. “О Конституционном Суде РСФСР”.

³² 张寿民：《俄罗斯法律发达史》，法律出版社2000年版，第329页。

³³ 参见[俄] О. И. 奇斯佳科夫主编：《俄罗斯国家与法的历史》（第五版）下卷，徐晓晴译，付子堂校，法律出版社2014年版，第320-321页。

³⁴ 崔皓旭：“俄罗斯宪法法院对俄联邦制度的塑造——一种实证角度的分析”，载《新视野》2010年第1期。

³⁵ См.: Конституция Российской Федерации. Гл. 7.

³⁶ Федеральный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ “О Конституционном Суде Российской Федерации”. Ст. 1.

³⁷ 参见刘向文：“俄罗斯联邦宪法司法制度的历史发展”，载《黑龙江政法干部管理学院学报》2006年第1期。

(1) 审理合宪性案件，其中包括联邦法律、俄罗斯联邦总统、联邦委员会、国家杜马、俄罗斯联邦政府的规范性法令，属于俄罗斯联邦国家权力机关权限范围内的事项和俄罗斯联邦国家权力机关与俄罗斯联邦主体国家权力机关共同权限范围内的事项颁布的各共和国宪法、章程以及俄罗斯联邦主体的法律和其他规范性文件，俄罗斯联邦国家权力机关与俄罗斯联邦主体国家权力机关之间的条约，俄罗斯联邦主体国家权力机关之间的条约，以及俄罗斯联邦所签订的，但尚未生效的国际条约；(2) 解决权限纠纷，包括联邦国家权力机关之间，联邦国家权力机关与联邦主体国家权力机关之间，以及俄罗斯联邦主体最高国家权力机关之间的权限纠纷；(3) 审理关于侵犯公民宪法权利和自由的申诉，审查在特定案件中适用的法律是否符合宪法，应法院的请求，审查有关法院在特定案件中适用的法律是否符合宪法，应联邦行政权力机构的请求，该机构在保护人权和自由国家间机构审理根据俄罗斯联邦国际条约对俄罗斯联邦提出的申诉时，负责保障俄罗斯联邦利益的活动，解决执行保护人权和自由国家间机构决定的可能性问题；(4) 对《俄罗斯联邦宪法》的内容做出解释；(5) 就俄罗斯联邦总统被控犯有叛国罪或其他严重罪行的既定程序是否得到遵守发表意见，根据关于举行俄罗斯联邦公民投票的联邦宪法法律，检查提交俄罗斯联邦公民投票的问题是否符合《俄罗斯联邦宪法》；(6) 就其职权范围提出立法倡议；(7) 行使《俄罗斯联邦宪法》、联邦条约和联邦宪法法律赋予的其他权力，还可享有俄罗斯联邦宪法第11条规定的俄罗斯联邦国家权力机关和俄罗斯联邦主体国家权力机关之间权限和权限划分条约赋予的权利，但这些权利不得违背其法律性质和作为宪法监督司法机关的宗旨。值得注意的是，宪法法院对政党合宪性案件并无管辖权。³⁸可见，宪法法院的职权中大部分为其专属的司法职权。

俄罗斯联邦宪法法院具有特殊的政治法律属性，从其作为国家权力机关的角度出发，它制约总统和议会，平衡三权之间的关系，实施的是宪法监督，具有独立性行使国家权力的一面；从其司法属性出发，宪法法院则是一个司法审判机关，通过宪法诉讼独立行使司法权，1994年《俄罗斯联邦宪法法院法》也重申了此点。³⁹可以说，宪法法院的政治属性与法律属性相互融合。

(二) 宪法监督制度的意义

俄罗斯联邦宪法法院作为特殊的司法机关在分权原则的实施机制中和对“制衡”制度保障中具有重要作用，这说明在联邦、区域、地方层面上规定立法、行政和司法权机关职权的明确界限问题并非简单的具有现实意义，而是俄罗斯联邦宪法中核心问题之一。⁴⁰

俄罗斯联邦宪法法院合法合理地通过宪法监督解决权力机关之间所产生的关于职权和权限的纠纷，各个层级各国家权力机关之间的冲突，同时会体现出对所有共和国权力机关系统的活动的良性影响，⁴¹所以可以说分权原则在俄罗斯联邦宪法法院的法律观点中可被理解为国家权力机关的相互平衡，排除一个权力分支隶属与其他权力分支的任何可能性。在1996年1月18日俄罗斯联邦宪法法院的决议⁴²中指出，立法机关和行政机关的工作在各自的职权范围内相互独立。每个权力都是独立形成的，一个权力限制或者禁止其他权力活动的权限只有基于对这个权限的立法保障的条件下才被准许。俄罗斯联邦的分权原则内容在整体上成为俄罗斯联邦宪法法院一系列决议的对象和目标，其中涉及的分权原则内容的法律观点反映在如1995年7月31日，1996年2月20日，1997年4月18日，1997年4月1日，1998年4月6日，1998年12月11日，1999年1月27日的决议中。

俄罗斯联邦宪法监督制度在转型初期就已经基于以前的基础构建完成，但是联邦主体的宪法（宪章）法院及其监督机制却没有同时实现。随着联邦宪法法院的建立，以及联邦主体对相关职能的要求，它们也逐渐开始建立自己的宪法（宪章）法院，并制定宪法（宪章）法院法，在各自联邦主体内运行宪法监督制度，使得整个俄罗斯宪法司法权和宪法监督的运行基础得以发展。

四、司法权独立

现代意义上的司法权独立是在西方三权分立原则基础上形成的，这不仅是司法制度的重要原则之一，也是国家宪法制度的重要组成部分。在苏联时期，法院直接受司法部领导，各级法院都要向它汇报工作并接受其审查和监督，因此司法权也从未独立过。在俄罗斯联邦转型期，司法权独立逐渐成为宪法的主要原则，并在相关配套制度运行下持续发展，不断充实着俄罗斯联邦宪法的现代精神。

(一) 宪法中的司法权独立

在俄罗斯，民主变革从20世纪80年代下半期就开始了，在戈尔巴乔夫改革时期，司法权逐渐开始与行政权分离，司法部的职能逐渐削弱，其职能主要集中在为法院的诸多功能提供必要的保障，如向法院拨款、负责制作司法统计报表、为法院提供相关技术设备及物质方面的保障。这对俄罗斯司法权独立具有重要意义，并直接影响到了之后俄罗斯联邦宪法中对司法权独立的发展。

根据《俄罗斯联邦宪法》和相关联邦法律的规定，司法权独立是指在俄罗斯境内司法权只能由法院行使，法官作为司法权的直接载体也具有独立地位，其他国家机关不得干预法院的活动。法院在审理案件时判定国家机关或者其他机关的活动不符合法律时，可以根据法律做出判决，法官独立并只服从俄罗斯宪法和联邦法律，任何机关和公职人员无权干预法官和陪审员的审判活动，法官也没有向任何人汇报自己审判

³⁸ См.: Федеральный закон “О Конституционном Суде Российской Федерации” от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ. Ст. 3.

³⁹ См.: Федеральный конституционный закон “О Конституционном Суде Российской Федерации”.

⁴⁰ См.: Тихомиров Ю. А. Теория компетенции. М., 2001. С. 274.

⁴¹ См.: Осипян Б. А. Конституционно-судебное разрешение споров о компетенции // Российская юстиция. 2008. № 2. С. 2, 6.

⁴² СЗ РФ. 1999. № 4. Ст. 409.

活动的义务。在俄罗斯联邦转型期间，司法权独立成为其司法改革和运行机制中重要的一部分，并朝着这个方向不断努力。

(二) 司法权独立的努力

《俄罗斯联邦宪法》中最初就规定了法官审理案件只服从宪法和联邦法律，在《俄罗斯联邦司法体系法》中则将这个原则扩展到了法官、陪审员在审理案件时只服从宪法和联邦法律。⁴³在叶利钦时代，当时通过对法官制度进行改革，如法官遴选程序、任用程序，保障等措施来实现法官的独立性，其中包括1992年的《法官地位法》，1996年的《关于法官与公职人员额外补助法》，这些联邦法律赋予了法官诸多的宪法权利，并大幅度提高法官薪金待遇，以及各种保障、优惠政策。

在普京的第一个任期时，通过了《俄罗斯联邦法院体系修正案》，规定取消地方立法机关参与法官任命和晋升的权利，以及地方行政法官对法官任命的否决权，制定了《2002-2006年俄罗斯司法制度发展纲要》，其中大幅增加了对法院的资金投入，规定政府每年向法院系统提供2-3亿美元，促进司法独立。

在2001年通过的《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》中，对检察机关的职权作出了重大变化：将以前有检察院行使的各种审前程序，如审前监禁，搜查和扣押，以及排除非法获得证据的决定权，转交给了联邦法院，取消了检察机关对法院审判的监督权，这就“去除了检察院对法院办案的潜在影响，法院能够更加独立的审理案件。”⁴⁴

2001年11月，杜马通过了《俄罗斯联邦法官地位法修正案》，规定严格实行法官试用制度与任免制度，进一步完善对法官各项保障措施，为法官公正地履行司法权创造了良好的条件。2002年，杜马通过了《俄罗斯法官团体法》，为法官团体的设置提供了法律保障。2005年，普京签署法案将法官退休年龄有65岁延长的到70岁，⁴⁵有效地调动了法官的积极性，也有利于法官队伍的稳定。

普京在2006年签署一个总统令，为了向法官们提供物质保障使其独立地执行所有法律，总统做出决定：“从2006年7月1日起俄罗斯联邦宪法法院、俄罗斯联邦最高法院和其它联邦法院、俄罗斯联邦最高仲裁法院和其它联邦仲裁法院法官以及俄罗斯联邦各主体民事法官的工资提高0.32倍。”⁴⁶2008年5月20日的《关于建立完善俄罗斯联邦法院体系立法问题的工作小组》的俄罗斯联邦总统令指出，首先要提高司法系统的工作效率，而保障司法独立性的工作被认为是改革的首要任务。⁴⁷

(三) 司法权独立的强化

梅德韦杰夫在进入政坛之初曾主要负责国家司法领域的改革。2008年，梅德韦杰夫担任俄罗斯总统期间，将司法改革作为其执政的重点。在“梅普结合”时期，总统梅德韦杰夫对政府的主要任务之一就是司法体系的相对独立。梅德韦杰夫一方面下令公开法院的司法判决，将法官的审判置于公众的监督之下，以便公众获得法院判决的相关信息，增强公众对法院的信任度，另一方面进一步进行了如增加了司法预算，提高司法透明度，允许法官终身任职等方面的改革。⁴⁸2011年6月14日发布了第140号联邦法律，对《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第30条进行补充，即进行审理具体案件法院的人员组成要考虑在排除对影响司法审查中利害关系人的程序中，包括运用自动化信息系统的法官的负担和法官专业性。上述立法规定的标准和准则有效地适用于在实践中在法官之间分配归入法院的案件，如同俄罗斯联邦宪法所指出的，为了形成独立和公正的法院而提供前提条件。⁴⁹可以说，在这个时期俄罗斯的司法独立得到了进一步加强，当时体现俄罗斯司法独立增强的一个比较典型的案例就是在2011年6月车臣总统卡德罗夫诉人权中心负责人奥列格·奥尔洛夫诽谤罪，经法院最终判决，奥列格·奥尔洛夫被认定为无罪。⁵⁰

该时期俄罗斯在对法官纪律责任制度的发展也提高司法权独立的表现。俄罗斯联邦宪法法院2011年7月20日的N 19-П决定指出，联邦立法有权规定纪律处分类型的最广泛的目录，并明确了法官纪律责任的追责事由，⁵¹这个决定也成为此后继续修订《俄罗斯联邦法官地位法》的基础。2012年，“在第八届全俄法官代表大会上提到了为提高法官独立性目的而完善法官纪律责任制度的必要性问题，这使得该制度又获得了新的意义，也推动了之后《俄罗斯联邦法官地位法》的修改。”⁵²

2012年在普京再次当选总统之后，依然为推动俄罗斯的司法权独立而努力。2013年10月29日，普京签署了一条提高法官工资的总统令，意欲再次提高法官独立履职的工资和物质保障。⁵³在《2013-2020年俄罗斯

⁴³ См.: Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ “О судебной системе Российской Федерации”.

⁴⁴ 李雅君主编：《曲折的历程：俄罗斯政治卷》，东方出版社2015年版，第92页。

⁴⁵ 此前，只有宪法法院的法官退休年龄才为70岁。

⁴⁶ См.: Указ Президента РФ от 1 июля 2006. № 795 “Об увеличении должностных окладов судей в Российской Федерации”.

⁴⁷ Распоряжение Президента РФ от 20 мая 2008 г. № 279-рп “Об образовании рабочей группы по вопросам совершенствования законодательства Российской Федерации о судебной системе”.

⁴⁸ 参见陆南泉：《俄罗斯国家转型研究》，社会科学文献出版社2013年版，第97页。

⁴⁹ См.: Федеральный закон от 14 июня 2011 г. № 140-ФЗ “О внесении изменений в статью 14 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации и статью 30 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации”.

⁵⁰ 参见陆南泉：《俄罗斯国家转型研究》，社会科学文献出版社2013年版，第97-98页。

⁵¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 20 июля 2011 г. № 19-П.

⁵² 王海军：《俄罗斯法官纪律责任制度：理论与运行》，载《学术交流》2017年第1期。

⁵³ См.: Указ Президента Российской Федерации от 29 октября 2013 г. № 810 “Об увеличении должностных окладов судей в Российской Федерации”.

司法系统发展整体纲要》中，指出本纲要的目标之一就是保障司法权的独立性，并将在2013-2020年间逐步投入8.8138亿卢布联邦预算，用以提高司法权威和司法系统的独立性。⁵⁴2016年12月普京再次强调，司法权是独立的权力分支，不能受到总统的支配。⁵⁵

可以说，近年来俄罗斯政府一直为实现司法独立而努力，并通过一系列措施和计划来推动实践。当然，要达到司法权独立是一个长期和持久的任务，现阶段的俄罗斯还没有完全实现，这也成为了俄罗斯联邦宪法制度继续发展的一个重要任务。

五、人权保障的发展

俄罗斯学者早就提出“法治国家的重要特征之一是对个人权利和自由的现实保证。”⁵⁶在《俄罗斯联邦宪法》序言中就宣布“肯定人的权利和自由”作为普遍价值，并以专章“人和公民的权利与自由”的形式就“人和公民的权利与自由”问题做出了专门规定，充分体现了《俄罗斯联邦宪法》意欲宣扬和突出的“人权”保障精神。⁵⁷俄罗斯在这方面最主要的实践就是在1996年加入《欧洲人权公约》，将人权保护领域的司法主权让渡给了欧洲人权法院，并以此表示出它对世界承诺其建设法治国家和向欧洲先进法治国家“看齐”的决心。⁵⁸随着近年来俄罗斯法治的发展，人权保障方面的工作也在不断推进。

俄罗斯国家权力机关被宪法赋予了保障人权的功能。俄罗斯联邦议会拥有对政府维护人权情况的监督权、质询权和举行议会听证会的权利，这对于俄罗斯联邦人和公民的权利与自由的保障具有重要意义。此外，议会还可以通过行使立法权来保障人权。俄罗斯联邦议会曾于2012年12月制定和通过了一部联邦法律，旨在对侵犯人和公民的基本权利与自由的行为采取相应措施，以达到惩治违法行为并保障人和公民权利与自由的目的。⁵⁹

行政机关对人权的保障也在宪法之中得到体现。《俄罗斯联邦宪法》第114条第1款规定，俄罗斯联邦政府有权“采取措施以保障法制，保障公民的权利和自由。”⁶⁰此外，行政机关还可以通过行政救济手段来保障人权。2006年5月2日，俄罗斯联邦通过《审理俄罗斯联邦公民请愿程序法》，其中确立了联邦公民的申诉制度，更加体现出对权力的制约和对公民权利的保障，充分显示出该法的“权利救济”特征。⁶¹

在司法保障层面，《俄罗斯联邦宪法》第18条规定：“人和公民的权利与自由是直接有效的，它们决定着法律的目的、内容和适用，决定着立法权、行政权以及地方自治的活动，并受到司法的保障”。⁶²在公民权利和自由受损的情况下，公民有权向俄罗斯联邦的法院进行诉讼，并得到司法救济。此外还规定了在国内无法获得司法救济的情况下，可以求助于包括欧洲人权法院在内的国际人权组织，⁶³这在整体层面上实现了人权保障，通过对欧洲人权法院对俄罗斯国内人权案件的受理情况就可以知晓。

在人权保障事业中，检察机关也参与其中。检察立法中规定了“对遵守人和公民的权利和自由情况进行监督”的相关规定，并通过宪法法院及赋予联邦总检察长在法律适用侵犯公民宪法权利和自由时上诉到俄罗斯联邦宪法法院的权力。此外，俄罗斯联邦各级检察长也重视对确认个人法律地位的法律执行情况实施监督，即“用检察监督手段保护和公民的权利与自由，贯穿着检察长全部的、多方面的活动”。⁶⁴近10年间，俄罗斯联邦检察机关依照其宪法地位和监督职权，在人权保障领域发挥着重要作用，这也正如俄罗斯联邦现任总检察长柴卡在就职演说中所说的那样，俄罗斯联邦检察机关对人和公民权利与自由的保障，体现了“俄罗斯联邦检察机关法律监督的实质和使命”。⁶⁵

同时，保障人权是俄联邦总统的一项宪法义务，即“俄罗斯联邦总统是人和公民权利与自由的保障。”⁶⁶具体而言，总统除了通过对各国家权力机关进行人权保障方面的“指示”之外，还通过“总统令”方式来实现，例如2013年9月18日发布了一个总统令，规定国家支持民间组织和非政府组织参与和实施相关社会活动以推动人和公民权利与自由的保障问题。⁶⁷此外，总统也会通过正式形式来表达对人权保障的意愿和决心，如在俄罗斯联邦饱受西方制裁、经济极不景气的情况下，普京在《向俄罗斯联邦联邦会议提交的2014年国情咨文》中依然强调“自由”对于公民们、对于经济和社会发展的重要性，并提出要“给予俄罗斯自

⁵⁴ См.: Приложение № 9 к федеральной целевой программе “Развитие судебной системы России на 2013-2020 годы”.

⁵⁵ Путин напомнил о независимости судебной власти // URL: <https://pravo.ru/news/view/136823/>. 最后访问日期: 2017年8月21日。

⁵⁶ Лазарев В. В. Общая теория права и государства. М., 2001. С. 324.

⁵⁷ См.: Конституция Российской Федерации. Гл. 2.

⁵⁸ См.: Шайдулов И. В. Преимущественные права в российском гражданском праве // Научный журнал. 2014. № 9.

⁵⁹ См.: Федеральный закон от 28 декабря 2012 г. № 272-ФЗ. “О мерах воздействия на лиц, причастных к нарушениям основополагающих прав и свобод человека, прав и свобод граждан Российской Федерации”.

⁶⁰ См.: Конституция Российской Федерации. Ст. 114.

⁶¹ 参见韩冰：“俄罗斯联邦行政申诉制度及其发展路向研究”，载《俄罗斯东欧中亚研究》2014年第6期。

⁶² См.: Конституция Российской Федерации. Ст. 18.

⁶³ См.: Конституция Российской Федерации. Ст. 46.

⁶⁴ [俄] Ю. Е. 维诺库罗夫主编：《检察监督》，刘向文译，中国检察出版社2009年版，第163页。

⁶⁵ См.: Выступление Генерального прокурора РФ Ю. Я. Чайки на собрании Федерального Совета Федерального Собрания РФ “О развитии органов прокуратуры” // Адвокат. 2006. № 7.

⁶⁶ См.: Конституция Российской Федерации. Ст. 80.

⁶⁷ См.: Распоряжение Президента Российской Федерации от 18 сентября 2013 г. № 348-рп “Об обеспечении в 2013 году государственной поддержки некоммерческих неправительственных организаций, участвующих в развитии

由一是俄罗斯民族和所有其他民族文化的统一”，“给予俄罗斯人民自由，对我们全体人的自由：自由的信仰、独立探索真实、发明、劳动和私有财产。”⁶⁸

俄罗斯在近年来通过国家机关的将以往的人权保障机制不断完善和健全，并在具体实践中朝着良性方向发展，在很大程度上为保障和实现俄罗斯公民权利和自由的宪法权利奠定了制度基础。

结语

《俄罗斯联邦宪法》已经实施26年，期间经过多次修改，这对于转型期的俄罗斯联邦宪法发展和完善一个非常充足的时间，因为这不仅可以将《俄罗斯联邦宪法》与其他国家宪法进行比较，指出《俄罗斯联邦宪法》的利弊，而且还可以确定《俄罗斯联邦宪法》在转型期的实际运行中的问题。从理论上讲，全面评估《俄罗斯联邦宪法》中各制度在实施中的有效性问题对于俄罗斯宪制发展是必要、合理的。因此，在看到俄罗斯宪法发展的同时，也要注意其宪法制度中依然存在的诸多问题。

第一，在分权机制之下，总统权带有强烈的统治核心色彩。俄罗斯总统制具有东方主义色彩，因此在发展过程中逐渐体现出来其优越性和弊端，国家权力体制的支撑点集中于总统一人，和议会制相比，议会多数派难以进入政府，所以根本无法对政府活动、尤其是总统的活动进行有效监督。尤其是在普京执政时期，俄罗斯民众对其信任和支持，更让这种总统权力有了一定“扩张”的基础，这也直接影响到了各权力分支之间的制衡。

第二，司法权依然不能完全独立。根据分权原则和司法权独立原则，国家总统无权干涉司法机关的活动，⁶⁹具有机构特征的俄罗斯联邦总统的主要职权是通过提名权组建法官团队，⁷⁰但是在2014年的宪法修正案中被修改掉了，即由总统提名任命最高法院法官，以前最高法院法官的任命经专业评审委员会推荐，现修改为经总统提名由联邦委员会批准。⁷¹此外，根据俄罗斯司法机关的人事管理制度，法官的补贴和优惠待遇往往是由法院院长、上级法院或者政府官员根据法官的业绩进行分配，旨在通过改善法官经济状况，以确保其公正地履行司法审判职能，”但是，这种做法也可能使法官为了获取更多的薪金而失去了自身的独立性。”⁷²这些问题正是阻碍俄罗斯司法权独立的一个最为严重的障碍。

第三，宪法监督制度和政治之间的微妙关系。俄罗斯宪法法院在成立之初就确立了“妥协机关”、“调和机关”的角色和地位，成为政治媾和的机关和稳定社会和国家的机关，是处于国家的宪法制度捍卫者地位的宪法价值保护人的机关。宪法法院也多次介入了政治纠纷的解决，在不同政治力量纷繁复杂的斗争中履行宪法监督职能，但是混合了宪法监督与政治，就无法解决二者之间的微妙关系，因此，宪法监督制度如何在分权体制下保持其监督职能的特性，依然是一个继续解决和研究的问题。

第四，在人权保障方面，始终存在着主权与人权的博弈。俄罗斯在人权保护的实践过程中逐步认识到通过强化主权来促进人权保护的路径应该成为国家的当然选择，俄联邦高层的这种态度和立场也意味着俄罗斯要通过加强保障人权的路径来前置性地提高主权，在与欧洲人权法院就一系列人权案件判决的执行方面的表现尤为突出。可以说，在对待主权和人权之间关系上，俄罗斯强硬的政治态度导致了维护主权保障人权与之间两条路径的融合和冲突，并不断挑战俄罗斯的宪法实践，也始终在考验着俄罗斯宪制。

俄罗斯联邦宪法制度发展一方面延续了苏联时代的宪制遗产，另一方面也朝向新的方向发展，在这其中呈现出了宪法和政治现实的血肉相连态势，也带有每个时代政治强人的个人印记。根据现在俄罗斯联邦宪制情况来看，俄罗斯虽然进行了宪法制度改革，但是无论从社会法治现实，还是执政者的法治观念上都需要不断探索和发展。当然，一个国家的宪法和宪制是一个动态发展过程，而且要依照国家的政治、经济、社会发展情况而优化。2018年，普京在总统大选中获胜当选，俄罗斯依然持续此前的发展态势，其政治和宪法制度的发展会不会出现新的面貌，还需要持续关注。

институтов гражданского общества, реализующих социально значимые проекты и осуществляющих деятельность в сфере защиты прав и свобод человека и гражданина”。

⁶⁸ Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию РФ. 4 декабря 2014 г.

⁶⁹ *Енгибарян Р. В.* Конституционное развитие в современном мире. Основные тенденции. М., 2007. С. 403.

⁷⁰ См.: Конституция Российской Федерации. Ст. 83;根据宪法第83条的规定，总统有权向联邦委员会提出任命俄罗斯联邦宪法法院、俄罗斯联邦最高法院、俄罗斯联邦高等仲裁法院法官职务的候选人，以及俄罗斯联邦总检察长候选人；向联邦委员会提出关于解除俄罗斯联邦总检察长职务的建议；任命其他联邦法院法官。

⁷¹ См.: проект закона № 352924-6 “О поправке к Конституции Российской Федерации о Верховном Суде Российской Федерации и Прокуратуре Российской Федерации”。

⁷² 陆南泉等：《俄罗斯国家转型研究》，社会科学文献出版社2013年版，第91页。

Технология интересов: рынки власти как сети¹ Technology of Interests: Power Markets As Networks

И. А. Исаев,
заведующий кафедрой истории государства и права Московского государственного юридического университета
имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
доктор юридических наук, профессор
Lab.kigp@msal.ru

I. A. Isaev,
Head of Department of history of state and law
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),
Doctor of legal Sciences, Professor

© И. А. Исаев, 2020

Аннотация. В статье исследуется проблема «государственного интереса» — важнейшей политико-правовой категории. Проблема непосредственно связана с проблемой государственного суверенитета, сформулированной в эпоху Абсолютизма, но имеющей большое значение при формировании национальной государственности в Европе. Идея «государственного интереса» взаимодействует с теорией и практикой «чрезвычайного положения», наиболее острым и актуальным моментом в государственной политике.

Ключевые слова: суверенитет, государственный интерес, власть, управление, чрезвычайное положение, нормирование, принуждение, насилие.

Abstract. The article examines the problem of "state interest" — the most important political and legal category. The problem is directly related to the problem of state sovereignty, formulated in the era of absolutism, but of great importance in the formation of national statehood in Europe. The idea of "state interest" interacts with the theory and practice of "state of emergency", the most acute and relevant moment in state policy.

Keyword: sovereignty, state interest, power, governance, state of emergency, rationing, coercion, violence.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.100-107

Физиократы были убеждены в том, что сама природа «хочет, чтобы весь мир и все его ресурсы были вовлечены в экополитическую деятельность — производства и обмена». Поэтому природа и вменяет человеку определенные обязанности, каковые для человека есть обязанности почти что «юридические», которые природа и диктует ему: «Торговые связи пронизывают мир, как того и хотела природа и... это создает право всемирного гражданства или торговое право. Право всемирного гражданства есть только повторение человеком в форме долга того, что предписывала природа» (М. Фуко).

В «просвещенном деспотизме» физиократов была сформулирована идея правительственного натурализма: правление ограничивается очевидностью, а не свободой индивидов. Человек может внести свои коррективы и нормативность в систему управления уже позже, с рождением ли-

беральных представлений о власти и экономике, связанных с промышленной революцией.

В XVI—XVII вв. в Европе ансамбль, создаваемый экономикой капиталистического типа и индексированный законом и политическими институциями, имел своим коррелятом технологию соответствующего человеческого поведения, включая руководство индивидами: дисциплинарная сетка, бесконечная регламентация, нормы. Взятое в целом либеральное руководство было одновременно легалистским и парализующим. М. Фуко полагал, что не следует смешивать форму закона, которая всегда состоит в запрещении или принуждении, с его функцией регулирования игры: «Закон — это то, что должно благоприятствовать игре». Свободный поиск стал представляться панацеей от всех неприятностей дисциплинарного общества и авторитаризма суверенности.

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-19-16124.

Политик, который в своих действиях ограничен законом, с готовностью технократа сражается с правовым формализмом и также апеллирует к справедливости (которую часто смешивают с целесообразностью) при решении вопросов собственности и защиты правопорядка. Состояние стабильности («застоя») раздражает того и другого, оба настаивают на необходимости динамического развития. (Исторический опыт дает примеры того, как энтузиазм новых революционных законодателей дает им надежду на замену правовых норм исключительно организационными и техническими нормами.)

С середины XVIII в. отмечается становление новых механизмов управления, имеющих целью не столько рост силы и власти государства, сколько «ограничение осуществления способности управлять». Но «вопрос об умеренности правления уже и в XVI XVII вв. волновал политическую мысль, а в начале XVIII в. даже сместился к вполне конкретной проблематике конституций.

С конца XVIII в. и вплоть до наших дней вопрос об умеренности и пределах правления оставался основным вопросом либерализма и рожденной им политической экономии. Мишель Фуко полагал, что режим в самом общем смысле слова, как его употребляли в Средние века, в XVI и XVII вв. стал, по сути, настоящим местом справедливости: это место формирования истины менее всего имело дело с возможными вмешательствами, чтобы сформулировать свою истину и предложить ее правительственной практике в качестве правила и нормы².

Строгая машинная логика претендует на научное обоснование существующих в праве элементов должностования. Налицо стремление устранить из правовой реальности (и тем более из теории) непредвиденные обстоятельства, вытекающие из применения закона, и аффекты, сопровождающие его формирование и исполнение. Такая логика, несомненно, носит дедуктивный характер. При этом толкование нормы приспособливает ее к изменяющимся обстоятельствам («принцип аналогии»), тем самым постоянно актуализируя ее. (П. Бурдьё связывает эти процессы с актом номинации, создающим наименования и «новые реальности»).

Еще в XVII в. речь шла лишь о том, как выяснить, можно ли в основании общества обнаружить некую устойчивую юридическую форму, которая заранее ограничивала бы осуществление власти («естественное право»). Затем, в XVIII в., напротив, налицо было общество, в котором уже существовали феномены подчинения и властвования, и следовало только выяснить, как регулировать эту власть, как ограничить ее в обществе,

где уже давно действуют механизмы подчинения. Теперь это была проблема отношений гражданского общества с государством. Начиная же с XIX в. налицо имелась целая серия правительственных рациональностей, среди которых выделялось и искусство управлять соответственно рациональностью самих управляемых³.

Модернистский и технократический дух сен-симонизма выражал две главных тенденции либеральной политики: экономическое развитие и связанное с ним социальное улучшение, т.е. в конечном счете — превосходство экономической сферы над политической. Однако государственное вмешательство вполне могло играть роль «благонамеренного мотора социального организма».

Йозеф Шумпетер подметил, что только перед лицом новых возможностей возникают необходимость специфической функции руководства и новый тип лидера — руководителя. Промышленная революция и новые технологии во множестве порождали этот тип. Причем наиболее важной была здесь не сама деятельность, руководством было влияние на других, оказываемое через эту деятельность.

Правительства оказываются лишь временными монополиями на власть, поочередно они сменяют друг друга. Неизменной остается только функция управления, требующая смены исполнителей. Это и есть настоящий «бог из машины».

Правительство, как полагал Руссо, является не более чем посредником между суверенным и подчиненным (т.е. народом-сувереном и народом подчиненным), функцией правления, но не сущностью власти. Оно скорее технично, чем суверенно. Оно — такой же инструмент «машины власти», как и все другие инструменты.

Гражданское общество в XIX в. стало тем новым «концептом правительственной технологии, коррелятом технологии управления, мерой рациональности, которые должны были юридически индексироваться экономикой, понимаемой как процесс производства и обмена». Это — уже настоящая «юридическая экономия управления», правительственная технология самоограничения, не нарушающие ни законов экономики, ни правовых принципов, «вездесущее правительство, от которого ничего не ускользает, правительство, подчиняющееся правовым нормам, и правительство, которое тем не менее считается со специфичностью экономики» — такое правительство только и могло руководить нарождающимся гражданским обществом. Оно указывало, как управлять согласно правовым нормам пространством суверенитета, которое теперь уже населено экономическими субъектами, на тот рациональный

² Фуко М. Рождение биополитики. СПб., 2010. С. 48, 80, 325.

³ Фуко М. Указ. соч. С. 388.

принцип и правительственную практику, которая должна заботиться об экономической и юридической разнородности⁴.

По замечанию Монтескье, «нельзя изменить общество только при помощи декрета», на что явно или тайно рассчитывало «дисциплинарное» общество в XVI—XVII вв. Техницизм Нового времени девальвировал принцип прямого насилия и принуждения, предложив новый метод регулирования, предлагавший наличие определенной степени социального признания и социальной солидарности. Процессы индустриализации не только порождали определенные социальные противоречия («между трудом и капиталом»), но и формировали новые представления о производственном единении разных групп, задействованных в производственном процессе.

«Наряду в иерархической регулятивной интенцией верховной государственной власти и централизованной регулятивной инстанцией рынка, т.е. наряду с административной властью и собственным интересом, в качестве третьего источника общественной интеграции выступает солидарность». Техника бессловесна и требует ответственности и единения. (Преимущество технического мышления заключено в высокой рациональности. В свое время идеологический спор между теистами и номиналистами (Дуис Скотт, а позднее Френсис Бэкон) завершился победой эмпирического подхода и индуктивного метода. Это стало интеллектуальным фактором для победы индустриализма именно в Англии.)

Согласно либеральным воззрениям, смысл правопорядка заключен в том, что в каждом конкретном случае он позволяет установить, какие права принадлежат отдельным индивидам. По республиканским воззрениям эти селективные права обязаны своим появлением некоему объективному правопорядку, который гарантирует целостность автономии и основывается на взаимном уважении к совместной жизни: «В первом случае правопорядок конституируется, исходя из субъективных прав, во втором — первенство отдается объективно-правовому содержанию»⁵.

Правовые нормы вырастают из большого комплекса частных и неофициальных проблем, которые решают многочисленные агенты, способные придать этим проблемам статус «социально значимых», это требует их обязательной правовой формализации. В более развитых политических обществах эти требования поддерживаются организованными (редко — спонтанными) формами публичного волеизъявления. Машина законотворчества работает, переводя статистические элемен-

ты в регулярность, в более устойчивую правовую форму. Этот рутинный ритм составляет важную черту «машины власти».

Потенциал решений в такой системе имеет ограничения, которые сами становятся источниками власти, проявляясь в двух типах: как власть, «блокирующая властные цели», которая ни на что не воздействует, но многому препятствует; и как власть, устраняющаяся от принятия решений: «политически конституируемая власть постепенно перестает функционировать как единый технический субститут суверенитета, регуляции и лидерства».

Вместо этого развиваются технические институты самой власти, принимающие, например, формы «внушения массам ощущения успеха». Власть начинает демонстрировать свою неспособность реализовать свои собственные возможности, расхождение между возможным и действительным возрастает, и проблема переходит в сферу «кризисной техники»⁶.

Сен-Симон рассматривал классовую структуру индустриального общества как состоящую из трех классов: собственников, лишенных собственности и ученых мужей. Легитимация политической роли среднего класса в этой модели должна была соотноситься с мерами по подавлению недовольства неимущих классов. Идея «социальной республики», возникающая в ситуации революционного брожения первой половины XIX в., часто оборачивалась режимом бонапартизма. Радикальные революционные и националистические тенденции, нарушавшие равновесие «машины власти», отражали альтернативные антисистемные настроения в обществе.

В такой ситуации именно «республиканский» концепт («общее дело», *Res Publicum*) привязывает легитимность законов к демократической и технической процедуре их порождения, связывая практику «самоопределения народа» с безличным господством законов. Здесь право выступает как ограничение господствующей политической воли, тогда как для либералов некоторые из прав основываются на некоем «высшем законе», установленном за пределами политического: именно они обеспечивают существование внешних по отношению к ним структур и необходимое обуздание властей, приводя к согласию конфликтующие интересы⁷.

(Юрген Хабермас полагал, что «согласно республиканским воззрениям формирование политической воли осуществляется по модели не рынка, а диалога». Здесь главная власть — не административная — исполнительная, а комму-

⁴ Фуко М. Указ. соч. С. 363—364.

⁵ Хабермас Ю. Вовлечение другого : Очерки политической теории. СПб., 2001. С. 385—386.

⁶ Луман Н. Власть. М., 2000. С. 131—134.

⁷ Хабермас Ю. Указ. соч. С. 386—387.

никативная — законодательная, «выражающая в своем духе дух народа». Коммуникация предполагает взаимное признание субъектов и поэтому не требует наличия каких-либо высших авторитетов. Общество устанавливает внутреннюю связь между дискурсами этического самопонимания и юридической справедливости. Такая «теория дискурса» переносит центр власти на парламент, в рамках которого и протекает коммуникация свободной общественности и одновременно вырабатываются постановления для администрации)⁸.

Республиканская институциональная схема — это «запутанная структура обязательной подотчетности держателей власти перед теми, под кем эта власть осуществляется. Должностные лица других ветвей контролируют “сдержки и противовесы”; при этом подразумевается что защита народа — это некий побочный продукт невидимой руки»⁹.

Поскольку процесс конструирования и формулирования представлений узаконивается правом, он получает силу всеобщности и универсальности, заключенную в юридической технике и средствах принуждения, которые она позволяет мобилизовать. Юридическая формализация может быть успешной, если она основывается на уже существующей практике. Здесь рационализация (в форме юридического комментирования) помогает преодолевать некоторые «темные» зоны и лакуны, неизбежно возникающие в правовой реальности. Техника позволяет избежать как аффективных излишеств правоприменения, так и логической узости юридического толкования. Коммуникативный аспект права открывает новые возможности для власти.

Прежнее «полицейское государство», уступающее свое место новой политической технологии, было правлением, смешанным с администрированием, правлением всецело административным и администрацией, весомость которой заключалась исключительно в руководстве. Этому интегральному руководству в виде противовеса придавалась система судебных инстанций, что ограничивало государственные интересы: власть как правление, ограниченное соблюдением истины, сама формулировалась как соблюдение истины в терминах закона о соблюдении (М. Фуко). В конкретном виде эта проблема постоянно обнаруживалась в поднимаемых в XIX в. вопросах экономического законодательства, разделения правительства и администрации, становления административного права. И все же общей проблемой по-прежнему оставалось точное техническое определение юридических пределов осуществления государственной власти. «Машина власти»

требовала теперь уже более четких легальных границ для себя.

Для ее разрешения предлагалось два пути: критически-дедуктивный, путь Французской революции и Руссо, который исходил не из методологии правления и его необходимого ограничения, но из феномена права в его классической форме, из сферы суверенитета и пределов права на суверенитет. Это была проблема легитимности и неотъемлемости прав, которая заново поднимала проблему государственного права, противопоставленного еще в XVII—XVIII вв. государственным интересам: проблема проистекала из аксиоматики прав человека.

Другой путь исходил не из права, но из самой правительственной практики, из фактических ситуаций и пределов, которые спонтанно приходят из истории и традиции: этим путем и стал путь утилитаризма как особых технологий руководства. Закон мыслился здесь только как результат сделки, полюбовно разделяющей сферу вмешательства государственной власти и сферу независимости индивидов. Иногда даже авторитарные системы склонялись к эгалитарности, когда экономически они были бедны.

Либеральная тенденция реактивировала частное, или гражданское, право, базирующееся на экономике, тогда как государственное право (особенно во второй половине XIX в.) возрастало в противовес частному праву как правовой регулятор бюрократической системы. С одной стороны, являлась концепция свободы, которая, по сути, есть концепция юридическая: всякий индивид изначально располагает определенной свободой, с другой — свобода не мыслилась только как осуществление некоторого количества основополагающих идей, она воспринималась просто как легализованная независимость управляемых от управляющих¹⁰ (представители чикагской школы будут прямо отождествлять свободу с рынком).

Технологическое мышление было склонно к созданию организаций. Оно неспособно создавать институты, но может организационно преобразовывать уже существующие институты, приспособляя их к техническим принципам. Технический прогресс не воспринимает немобильные структуры, поэтому с подозрением относится к «консервативным» институтам, демонстрирующим устойчивость и стабильность. (Уже физиократы боролись с цеховым устройством, мотивируя это необходимостью свободно развивать промышленные методы производства. Манчестерская школа выступила против любых устойчивых форм законодательного регулирования труда, ориентируясь исключительно на

⁸ См.: Марков Б. В. В поисках другого // Хабермас Ю. Указ. соч. СПб., 2001. С. 12—13.

⁹ Шандро И. Политика против господства. М., 2019. С. 136.

¹⁰ См.: Фуко М. Указ. соч. С. 61—64.

полную свободу рынка и безудержное развитие технического прогресса.)

Рынок — вот настоящая форма сети, если у сети вообще есть форма: мерцающие, то появляющиеся, то исчезающие центры (денег, товаров, власти, идей, силы и т.п.) своей динамикой создавали иллюзию стабильности, неизменности и тем самым порождали надежду на то, что сам рынок «все урегулирует». Отсюда проистекает культ автоматичности с ее непогрешимостью. Рынок стал моделью управляющей сети, в которой существовали и действовали автономные субъекты. Из разрозненных действий складывался некий общий вектор («общее благо»), который поддавался расчетам и, как казалось, мог планироваться. На рынке была возможна гегемония, но не господство, появившиеся шансы у всех его участников были равны.

Рынок перестал быть чем-то конкретным, превратившись в абстрактную концепцию, математическую функцию, обезличенный механизм ценообразования, для которого высшими становятся ранее активно участвующие в его судьбе юридические и государственные институции. В либеральной транскрипции времен индустриальной революции любой вид интереса сводится к интересу экономическому. При этом исходят из двух априорных и абстрактных допущений, из представления о всеобщем равновесии (идеи, рожденной в XVIII в.) и теории рационального субъекта, игнорирующего случайные и внерыночные факторы.

Промышленные революции неимоверно усилили нивелирующие силы новой механической цивилизации. Игры политических сил (а до них — еще и рынка) предшествовали всякому праву, соблюдение которого возможно было только в том случае, если имелась необходимая политическая машина для его изменения. В свою очередь, технологическое превосходство порождало политическую гегемонию: Генрих Трипель утверждал, что гегемония является специфическим «типом власти, располагающимся между “господством” и “влиянием”, — гегемония сильнее влияния, но слабее господства. В отличие от него Антонио Грамши полагал, что «нормальное осуществление гегемонии характеризуется обязательным сочетанием силы и согласия, принимающим различные формы равновесия. При этом делается видимость того, что сила опирается на согласие большинства, выражаемое через так называемые органы общественного мнения. Но речь здесь уже идет не о присоединении союзников к общему делу, а о подчинении противников порядку, им враждебному»¹¹.

Технократический подход не может быть ни государственным, ни экономическим по своей

сути. Ему свойственно внимание исключительно к механическим и функциональным процессам, т.е. обезличенность и строгая объективность заключений.

Вообще категорию и термин «экономика» в текстах XVIII в. еще достаточно трудно обнаружить: здесь наличествуют только такие понятия, как «торговля» и «политика». Экономика сводилась к политической арифметике, в которой государство представлялось единственным местом приложения инициативы в обществе и доминировало над еще достаточно слабым гражданским обществом, которое существовало лишь на уровне ограниченной социальной деятельности.

Неоклассическая теория не желала учитывать воздействия на экономику властных структур и объективных властных отношений. Однако наиболее успешные экономические стратегии могли осуществляться только с учетом границ и направлений, обусловленных структурными ограничениями. Механистическое представление о рынке сводило роль агентов (подобно ньютоновской физике) к роли материально взаимосвязанных точек, или монад, Лейбница. Модерн вносит серьезную коррективу в картину «силового поля», сформированного индустриальной революцией (спонтанность, обусловленная и ограниченная). Механическая и физикалистская детерминированность корректируется субъективностью принимаемого решения, обдуманного и рационального действия агентов риска мотивируются и направляются некоей объективно-субъективной силой.

«Интересы» — это как раз то, что правительство извлекало из индивидов, действий, речей, ресурсов, собственности, прав и т.п. Некогда суверен властвовал над вещами и территориями: он считался «владельцем королевства». И меркантилисты все еще отводили такому суверену роль центрального органа, коррелирующего всю экономическую систему. Но если в концепции суверена вплоть до XVII в. имело место нечто непроницаемое — замыслы Провидения, то теперь такой непознаваемой сферой стали «лабиринты и “излучения экономики” экономического поля» (М. Фуко).

(Когда можно принимать в расчет интересы, не нужно приписывать сообществу никаких таинственных солидарностей, никаких глубинных связей, предшествующих заключению договора, никаких «дорациональных глубин». Индустриализм как новая эпоха сен-симоновского типа порождал огромное количество ситуаций и сообществ со своими интересами. Движущий ими «теологический» принцип вводит все разнообразные политические организации в сферу универсума объединенным тотальным целевым взаимодействием¹².)

¹¹ См.: Андерсон П. Перипетии гегемонии. М., 2018. С. 38, 53.

¹² Слотердаjk П. Сферы. III. С. 275.

В перспективе физиократов государь в отношении экономического процесса должен был перейти к существенно большей политической активности: «для политической области, являющейся частью сферы его суверенитета, он должен был стать кем-то вроде геометра», применяющего в политике геометрические реальности¹³. Для него государство и рынок — уже не «вещи», но сложное и противоречивое математически исчисляемое отношение общества к самому себе, вписанное в специфический способ организации социальных пространств: реорганизация пространства и реорганизация мест принятия решений происходят одновременно.

И в XVIII в. поэтому «вместо того, чтобы с доверием и готовностью принимать свободу рынка, определяемую государством и удерживаемую под государственным надзором» (чем и была первоначальная идея либерализма), стали предоставлять свободу рынка только как организационный и регулятивный принцип государств как инструмента. И уже сам формирующийся либерализм под явным воздействием технологической революции постарался «произвести всеобщую формализацию институтов государственной власти и организацию общества», правда, исходя из идеалов «свободной рыночной экономики». С этой точки зрения государство не должно было вмешиваться во внутренние дела рынка: от государства требовали только необходимого вмешательства в сферу технологического производства. Сущностью же рынка оставалась конкуренция как принцип формализации и как «историческая цель искусства управления, а не какая-то природная данность». Происходило искусственное совмещение рыночных механизмов, упорядочиваемых конкуренцией и правительственной политикой: обмен со стороны рынка, полезность со стороны государственной власти¹⁴.

Машина не может обойтись без механической целесообразности, и этот метод переносится на экономический и финансовый механизм общества. Здесь техника вновь диктует свои правила. Механическая закономерная повторяемость причинно-следственных связей (т.е. автоматизм), свойственна организационной работе и функционированию сложных систем. Механические функции ограничивают свободную волю человека. Более того, как функциональная единица человек представляется вполне унифицированным, а следовательно, заменимым, как элементы и деталь в сложной машине. Функциональный характер работы ведет к его механической автономизации и более полному подчинению изолированной

личности власти организации. Другой стороной этого процесса автоматизации становится возрастающее сопротивление трудящихся и рождение оппозиционных социальных идей.

Однако с точки зрения морали сам либерализм представлял собой «абсолютно бессердечное, прагматическое мировоззрение, лишенное сострадания, нравственной солидарности и поэтому облекающий общество на деградацию». Рынок с магической убежденностью характеризуется либералами как глобальный тип идеального порядка: и хотя главная цель рыночного общества абсолютно инструментальная, она автоматически гарантирует абсолютно абстрактный порядок, дающий возможность каждому преследовать свои собственные цели.

Сильное же государство, которое критиковали и которого опасались либералы, тоже не ограничивалось только идеями, но исторически строилось как система эффективных институтов и специфических дисциплинарных пространств, в которых осуществлялось формирование крепкого государственного тела. И даже либерализм в своей критике фундаментализма сам неожиданно превращался в сторонника такой государственности: свобода в таком обществе становилась иллюзией, а современное общество контроля само часто оказывалось еще более агрессивным, чем прежнее дисциплинарное общество¹⁵.

Индустриализация реанимировала старый идеологический спор о роли государства в законотворческом процессе. Сторонники государственной централизации полагали, что законодательство создает и формирует моральные нормы, новый этос общества, новые отношения, адекватные требованиям современных технологий. Противники тотального этатизма утверждали, что законодательство лишь кодифицирует и формализует уже существующие неписанные правила и порядки. Но в обоих случаях сама юридическая техника оценивалась только в качестве эффективного инструментария.

С этатистской точки зрения государства само гражданское общество не является первичной и непосредственной реальностью, это лишь часть современной правительственной технологии. Это — то, что реально присутствует в игре и в отношениях власти, но непрестанно от них ускользает, то, что рождается в конвенциональном и, по сути, неустойчивом контакте управляющих и управляемых.

Нельзя учредить или самоучредить общество. Общество уже есть в любом случае, социальная связь не имеет предыстории (Н. Фергюсен); гражд-

¹³ Фуко М. Указ. соч. С. 365.

¹⁴ Фуко М. Указ. соч. С. 152—156.

¹⁵ См.: Марков Б. В. Указ. соч. С. 37—38.

¹⁶ Фуко М. Указ. соч. С. 378—379.

данское общество служит постоянной матрицей для политической власти, поэтому и факт существования самой власти предшествует учреждающему, открывающему, ограничивающему или усиливающему эту власть праву. Прежде чем власть стала устанавливаться юридически, она уже существовала фактически. Гражданское общество постоянно и изначально вырабатывает власть, которая не является ни его условием, ни его дополнением, ведь «система подчинения столь же необходима людям, сколь и само общество»¹⁶. Машина властвования воспроизводится автоматически.

Спонтанно образовавшийся порядок сложился уже до того, как люди начали сознательно оформлять его посредством законодательных норм. Власть иерархии требовала такой рационализации, технизм еще более и в значительной мере усилил и ускорил процессы конструирования порядка, деформировав его эволюционную и «естественную» природу. (Примером сопротивления этим процессам может служить так называемое общее право.)

Либерализм характеризуется еще и тем, что требует для общества некоего диффузного и непрерывного пространства, тогда как вся неклассическая политическая арифметика была основана на наложении и совпадении политического, юридического, военного и экономического пространств на данной территории: «Весь монархический проект полностью заключался в этой схеме. У него не было иной цели, кроме как формирование данного реального пространства. Он предполагал уподобление понятий «государство» (политическое пространство), «рынок» (экономическое пространство), «территория» (военное пространство) и «нация» (культурное пространство): меркантилизм выразил именно это совпадение.

Но базовый принцип меркантилизма («все продавать и не покупать») с расширением пространства промышленной деятельности и обмена был подвергнут коренному пересмотру. Машинный труд увеличивал объемы выпускаемой продукции, которую следовало реализовывать. Рынок диктовал «закрытому торговому государству» (И. Фихте) «собственные» законы. И государственная «машина власти» в геополитической игре сил была вынуждена отказываться от экономического формализма, уже сыгравшего свою положительную роль.

Либеральная же экономика разбивает прежнее единство, отделяя друг от друга экономическое, политическое и юридическое пространства. Государство здесь уже не ограничивается только производством однородной политической и юридической территории: оно стремится territori-

зировать на свой манер и само общество, которое оно рассматривало как свою некую «глубинную территорию». С этой точки зрения власть только тогда имеет смысл, когда она разрушает все промежуточные формы социализации: братства, гильдии, семейные кланы и пр. Тем самым она делает из индивида настоящего «сына гражданского общества» (Гегель), освобождая его от одинокого бессилия перед его лицом, и в этом смысле государство подготавливает «общество рынка», с которым связывается само его существование¹⁷.

«Машина власти берет под контроль фундаментальные жизненные процессы — рождаемость, смертность, миграцию, формируя новые модели мировидения. Общественное мнение, которое должно демонстрировать социальную солидарность и поддержку властей, система формирует и формулирует в терминах тех интересов, которые связаны с силами, группирующимися вокруг властного центра. Создается впечатление, что именно власть является той силой, которая формирует сферу социального. Но власть и сама локализуется в сфере социального, более того, она и порождается обществом, которому придает форму. «Машина» формирует новые локусы, опираясь на которые продолжает расширять сферу своей деятельности.

Прежнее государство «старого порядка», избравшее протекционистскую политику планирования, при которой администрация, государственная или парагосударственная, заботится о повседневном существовании индивидов, не придавало особого значения рынку: «Эти феномены массовости, феномены унификации, феномены спектакля — все это было связано скорее с этатизмом... и не было связано по настоящему с рыночной экономикой».

Первым и зримым следствием разрушения сети, ткани социальной общности становятся протекционизм, «юридическая экономия» и неограниченный рост государственной власти: «технизация этатистского руководства, контроль над экономикой, а также технизация самого анализа экономических явлений» порождают «вечный сон — идеологию сен-симонизма» (М. Фуко). Для общества подыскиваются новые схемы рациональности, присущие самой природе, принцип ограничения и организации, который в конечном итоге и приводил к авторитаризму: этот цикл рациональностей влечет за собой новый вынужденный рост государства, становление администрации, которая уже сама «функционирует согласно типам технической рациональности»¹⁸.

Сен-Симон предлагал людям, «преданным общему благу и знакомым с существующими отношениями между интересами общества и интере-

¹⁷ Розанваллон П. Указ. соч. С. 131—133.

¹⁸ Фуко М. Указ. соч. С. 149—150.

сами промышленности», перестать называть себя «либералами», а принять имя «индустриалов». Последователи постарались превратить идею учителя о будущем индустриальном обществе в некое подобие религиозного учения, сохраняя в нем элементы либерального экономизма и утопического революционизма. В какой-то мере они напоминали физиократов, у которых заимствовали догмат пассивного повиновения и безусловного уважения к власти¹⁹. Во всяком случае сен-симонисты обратили внимание социальных реформаторов на ту важнейшую роль, которую в социально-политических преобразованиях играют техника и технологии.

Как только государство начинало жить продуктами своей технологии и промышленности, оставалось все меньше оснований опасаться безграничной власти суверена. И тогда механизм его правления становился еще более сложным... он сам оказывался связанным законами своей политической экономии: «правительства функционировали как машины, и чем они были проще, тем надежнее и устойчивей, чем с большим искусством они были выстроены, тем полезнее они были, но тем более они были подвержены и риску поломки» (Джеймс Стюарт).

С XVIII в. происходит разрыв между государственными интересами и принципом рационального ослабления государства, на котором теперь настаивало гражданское общество: «правительство отныне больше не вмешивается, не властвует непосредственно над вещами и над людьми... но основывает на праве и интересах вмешательство, меру которого и обосновывает интерес... Правительство интересуется только интересами, поскольку теперь оно имеет дело преимущественно с явлением политики». Правление в его новом значении больше уже не осуществляется над подданными и, посредством их, над вещами. Руководство теперь осуществляется над тем, что принято называть «феноменальной республикой

интересов»: здесь механизмы обмена начинают определять «подлинную» стоимость всего на свете (М. Фуко).

И. Бентам провозглашал: «Природа поставила человечество под управление двух верховных властителей: страдания и удовольствия». Поэтому известная мера правительства может восприниматься как сообразная с принципом полезности, когда «стремление этой меры увеличить счастье общества бывает больше, чем ее стремление уменьшить это счастье»²⁰. Общий интерес и полезность вовсе не сужали правительственную сферу властной «машины». Напротив, оформлялась новая стратегия ее деятельности с большими объемом проблем и глубиной проникновения в порядок вещей.

С начала XIX в. общая проблема полезности становится определяющей и вбирает в себя все традиционные правовые проблемы, рождая категорию, которая охватывала обмен и полезность — это «интерес» как принцип обмена и критерий полезности. «Правительственное мышление» в своей современной форме появляющееся в начале XVII в., основной характеристикой уже имело поиск собственного принципа самоограничения и уже функционировало как интерес, но не как «государственный интерес» XV—XVI вв., сосредоточенный на себе самом, своем могуществе и росте.

Теперь интерес, принципу которого подчиняются, как и правительственные интересы, стал представлять собой более сложную игру общественной полезности и экономической выгоды, равновесия рынка и режима государственной власти, основополагающих прав и независимости управляемых. Техника, предложив человеку бытовой комфорт и безопасность, потребовала от него полного доверия к себе и, как следствие, полного подчинения. На государство возлагалась контрольная функция за соблюдением этого договора.

¹⁹ См.: Бланки Ж. А. История политической экономии в Европе. М., 2011. Т. 2. С. 175—176.

²⁰ Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. М., 1998. С. 10—11.

О публично-властном механизме осуществления исполнительной власти в Российской Федерации Public-Power Mechanism for the Exercise of Executive Power in the Russian Federation

И. В. Глазунова,
старший научный сотрудник
Института государства и права
Российской академии наук,
кандидат юридических наук, доцент
ginesa@mail.ru

I. V. Glazunova,
Senior Researcher, Institute of State and Law
Russian Academy of Sciences,
Candidate of Law, Associate Professor

© И. В. Глазунова, 2020

Аннотация. В статье с использованием системно-структурного метода исследован механизм организации публичной власти в Российской Федерации. Особое внимание уделено исполнительной ветви власти, а содержание осуществляемого ею процесса государственного управления раскрывается через функции, методы и формы управления. Понятия функции, полномочия, компетенции рассмотрены в качестве элементов характеристики административно-правового статуса органа исполнительной власти, при этом отмечается, что все большее место среди методов и форм их реализации занимают связанные с взаимодействием субъектов управления. Предложены направления для научных исследований в рамках рассмотренной тематики.

Ключевые слова: публичная власть, исполнительная власть, органы исполнительной власти, государственное управление, административно-правовой статус, функции управления, полномочия, взаимодействие, субъект управления, орган местного самоуправления, министерство, контроль, надзор.

Abstract. Using the system-structural method, the article investigates the mechanism of public authority organization in the Russian Federation. Particular attention is paid to the executive branch of government, and the content of the public administration process carried out by it is revealed through the functions, methods and forms of management. The concepts of functions, powers, competencies are considered as elements of the characteristics of the administrative-legal status of the executive authority, while it is noted that an increasing place among the methods and forms of their implementation is occupied by the interaction of management entities. Directions for scientific research in the framework of the topics discussed are proposed.

Keywords: public authority, executive authority, executive authorities, state administration, administrative and legal status, management functions, powers, interaction, management entity, local government, ministry, control, supervision.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.108-114

В постсоветский период государственного строительства многочисленные территориальные публично-правовые сообщества получили статус территориальных публично-правовых образований (субъекты Российской Федерации, муниципальные образования), обладающих собственными предметами ведения и полномочиями. В российской Конституции понятие «публичная

власть» отсутствует, закрепляется формула осуществления народной власти посредством организации и деятельности органов государственной власти и органов местного самоуправления.

Как отмечает В. Е. Чиркин, «во всех странах на территориях публично-правовых образований (это — части государственной территории) наряду с их органами действуют созданные го-

сударством органы и назначенные от имени государства должностные лица... И то и другое объединяется общим термином «публичная власть». На территории всех публично-правовых сообществ осуществляется суверенная государственная власть Российской Федерации, и в то же время действуют органы публично-правового образования, реализующие свои полномочия по соответствующим предметам ведения. Важно, что этими полномочиями в юридическом смысле органы сообществ наделяются государственной властью»¹.

В Российской Федерации термин «публичная власть» вошел в правовой оборот после принятия Конституционным Судом РФ постановления, в котором публичная власть рассматривалась как включающая государственную власть на федеральном и региональном уровнях и муниципальную власть. В отношении последней было отмечено, что «публичная власть может быть и муниципальной... В территориальных единицах местные администрации не могут функционировать как органы государственного управления»².

Согласно ст. 10 Конституции РФ государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Органы законодательной, исполнительной и судебной власти самостоятельны.

Исполнительная власть представляет собой элемент государственно-властного механизма, сформированного на основе принципа разделения властей. Исполнительная власть является самостоятельной ветвью единой государственной власти Российской Федерации, тесно взаимодействующей с ее законодательной и судебной ветвями. Функции исполнительной власти отводятся практической реализации положений законодательства в масштабе государства. Их, как глубоко верно отмечает К. С. Бельский, следует определить как ведущие направления в деятельности исполнительной власти; в них выражается целевая нагрузка данной ветви государственной власти и с ними напрямую связан предоставляемый органами исполнительной власти объем государственных полномочий³. В государственно-властном механизме исполнительная власть представлена органами исполнительной власти (единоначаль-

ными и коллегиальными), посредством деятельности которых она приобретает динамические характеристики. Органы исполнительной власти, представляя вид органов государственной власти и субъектов исполнительной власти, обеспечивают ее формальную и фактическую реализацию. При этом органы исполнительной власти осуществляют деятельность, направленную на реализацию их специфических функций, посредством форм и методов управления.

Исполнительная власть связана с правом, реализуется благодаря возможности и способности ее органов оказывать управляющее воздействие на поведение, деятельность различных индивидуальных и коллективных объектов государственного управления. Данная характеристика исполнительной власти раскрывает ее особую государственно-правовую природу.

Легальное определение термина «орган исполнительной власти» в российском законодательстве отсутствует. Известны его доктринальные определения, сформулированные учеными-административистами. Так, А. П. Алехин, А. А. Кармолицкий, Ю. М. Козлов под органом исполнительной власти понимают «политическое учреждение, созданное для участия в осуществлении функций этой власти и наделенное в этих целях полномочиями государственно-властного характера»⁴. В учебнике административного права под редакцией Л. Л. Попова орган исполнительной власти определяется более развернуто как «структурное подразделение государственно-властного механизма (государственного аппарата), создаваемое специально для повседневного функционирования в системе разделения властей с целью проведения в жизнь (исполнения) законов в процессе управления (регулирования) экономической, социально-культурной и административно-политической сферами жизни общества»⁵.

Следует сказать, что орган исполнительной власти (далее ОИВ) является учреждением, обособленным организационно, функционально, юридически. Органы исполнительной власти разделяются на федеральные ОИВ (далее ФОИВ), ОИВ субъектов РФ (региональные) и ОИВ местного самоуправления. Органы исполнительной власти финансируются из бюджетов соответствующих уровней; являются юридическими лицами.

¹ Цит. по: Глазунова И. В., Бондаренко А. А. Взаимодействие органов публичной власти города Москвы и муниципальных образований при реализации государственных полномочий (административно-правовой аспект) // Муниципальная академия. 2019. № 3. С. 16–20.

² Постановление Конституционного Суда РФ от 15.01.1998 № 3-П «По делу о проверке конституционности статей 80, 92, 93 и 94 Конституции Республики Коми и статьи 31 Закона Республики Коми от 31 октября 1994 года «Об органах исполнительной власти в Республике Коми» // СЗ РФ. 1998. № 4. Ст. 532.

³ См.: Бельский К. С. О функциях исполнительной власти // Государство и право. 1997. № 3. С. 14–15.

⁴ Алехин А. П., Кармолицкий А. А., Козлов Ю. М. Административное право Российской Федерации. М.: Зерцало-М, 2003. С. 123.

⁵ Административное право: учебник / под ред. Л. Л. Попова. 2-е изд. перераб. и доп. М.: 2005. С. 126–127.

Содержание осуществляемого ОИВ *процесса государственного управления* раскрывается через такие категории, как функции управления, методы управления и формы управления.

Функции государственного управления представляют собой определенные направления управляющего воздействия государственного управления на объект управления. По сути, это реальная целевая деятельность управляющего субъекта, реализуемая через конкретные методы (способы) и формы управления (действия). К основным функциям государственного управления относятся, в частности, следующие:

- организация;
- общее руководство, которое определяет содержание деятельности;
- координация;
- контроль;
- регулирование посредством установления обязательных требований.

В отношении ФОИВ определены следующие функции:

- 1) *функции по принятию нормативных правовых актов*, под которыми понимается издание на основании и во исполнение Конституции РФ, федеральных конституционных законов, федеральных законов обязательных для исполнения органами государственной власти, органами местного самоуправления, их должностными лицами, юридическими лицами и гражданами правил поведения, распространяющихся на неопределенный круг лиц;
- 2) *функции по контролю и надзору*, под которыми понимается:
 - а) осуществление действий по контролю и надзору за исполнением органами государственной власти, органами местного самоуправления, их должностными лицами, юридическими лицами и гражданами установленных Конституцией РФ, федеральными конституционными законами, федеральными законами и другими нормативными правовыми актами общеобязательных правил поведения;
 - б) выдача органами государственной власти, их должностными лицами разрешений (лицензий) на осуществление определенного вида деятельности и (или) конкретных действий юридическим лицам и гражданам;
 - в) регистрация актов, документов, прав, объектов, а также издание индивидуальных правовых актов;
- 3) *функции по управлению государственным имуществом*, под которыми понимается осуществление полномочий собственника в отношении федерального имущества, в том числе

переданного федеральным государственным унитарным предприятиям, федеральным казенным предприятиям и государственным учреждениям, подведомственным федеральному агентству, а также управление находящимися в федеральной собственности акциями открытых акционерных обществ;

- 4) *функции по оказанию государственных услуг*, под которыми понимается предоставление федеральными органами исполнительной власти непосредственно или через подведомственные им федеральные государственные учреждения либо иные организации безвозмездно или по регулируемым органами государственной власти ценам услуг гражданам и организациям в области образования, здравоохранения, социальной защиты населения и в других областях, установленных федеральными законами⁶. Неотъемлемыми категориями правового статуса органов власти являются функции и полномочия.

При описании деятельности ОИВ функции определяют предметную сферу деятельности, отвечая на вопрос, что делают эти органы и их персонал. Ответ на вопрос о том, как (каким образом, посредством каких инструментов) осуществляют функциональную деятельность субъекты исполнительной власти, можно получить, только уяснив, какие полномочия субъект при этом реализует.

Важно отметить, что действия органа исполнительной власти, направленные на реализацию функции — на работу на определенном участке, называют *полномочиями*, а для подразделения этого органа (не обладающего статусом юридического лица) эти же действия именуется *обязанностями*.

В самом общем виде компетенцию можно определить как возложенный законом на уполномоченный субъект объем публичных дел⁷. Органы исполнительной власти обладают компетенцией, которая устанавливается в нормативных правовых актах, определяющих их правовой статус (как правило, соответствующих положениях об ОИВ). Компетенция включает в себя в том числе совокупность полномочий, осуществляемых ОИВ в рамках предметов ведения.

Таким образом, понятие «компетенция» шире, чем понятие «полномочие», полномочия составляют только один из элементов компетенции. С содержательной стороны *полномочия* могут быть представлены осуществлением таких видов деятельности, как:

- исполнительно-распорядительная деятельность;
- осуществление контрольно-надзорных функций;

⁶ Указ Президента РФ от 09.03.2004 № 314 (ред. от 12.04.2019) "О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти" // СПС "КонсультантПлюс".

⁷ Тихомиров Ю. А. Теория компетенции. М., 2001. С. 55.

- действия юридического характера и принятие решений, вызывающих важные правовые последствия;
- нормотворческая деятельность;
- правоохранительная (юрисдикционная) деятельность⁸.

Функции и полномочия определяют выбор метода и форм действий и деятельности ОИВ. Как отмечается в правовых исследованиях, «все большее место в методах и формах их реализации занимают формы взаимодействия субъектов управления»⁹.

В целом каждая функция имеет свою модель форм, в которых она реализуется. Чрезвычайно важным является итоговый документ, которым завершается исполнение функции ОИВ или ее существенной части. Как правило, это результирующие документ, представляющие собой проекты решений или сами решения, оформляемые в соответствии с их юридической формой и силой в установленном порядке.

Самостоятельной проблемой организации деятельности исполнительной власти, взаимодействия с иными ветвями и уровнями власти являются правовое регулирование и инфраструктурное обеспечение процессуальных (процедурных) механизмов выполнения функций с учетом многообразия форм деятельности исполнителей. В этой связи актуализируется вопрос теоретической разработки и принятия нормативных актов, касающихся административных процедур.

Государственная власть в Российской Федерации организована и осуществляется на основе принципа федерализма. Часть 2 ст. 11 Конституции РФ указывает, что «государственную власть в субъектах Российской Федерации осуществляют образуемые ими органы государственной власти». В соответствии со ст. 11 и 71 Конституции РФ проводится разграничение предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов РФ. Положения указанных статей Конституции РФ действуют и в отношении органов исполнительной власти¹⁰. Детальное разграничение предметов ведения и полномочий между конкретными органами исполнительной власти осуществляется при юридическом оформлении их правового статуса.

Положения, регулирующие общественные отношения, которые связаны с организацией деятельности и функционированием органов законо-

дательной и исполнительной власти субъекта РФ, закреплены в Федеральном законе от 06.10.1999 № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»¹¹. Там же закрепляются основы взаимодействия законодательных (представительных) органов государственной власти субъекта РФ и органов исполнительной власти субъекта РФ.

В то же время отношения между органами местного самоуправления и органами государственной власти субъекта РФ, находящимися в неразрывной взаимосвязи, до настоящего момента не легализованы, поскольку не находят отражения в федеральном «рамочном» законодательстве. Отчасти это обосновано тем, что каждый субъект РФ вправе самостоятельно устанавливать общие принципы организации системы местного самоуправления (ст. 72 Конституции РФ). Очевидно, что субъекты РФ устанавливают такие принципы исходя из собственных возможностей и политических условий конкретного региона. Этот основополагающий конституционный принцип дополнительно указывает на первичный характер воздействия со стороны органов власти субъекта РФ на организацию местного самоуправления в каждом конкретном регионе страны. При этом такое воздействие, являясь административно-правовым, оказывается на органы местного самоуправления. Одновременно в целях обеспечения эффективности такого взаимодействия требуется и включение элемента обратной связи.

Для России как федеративного государства важной характеристикой государственной власти является ее единство. Положение о единстве государственной власти в федеративном государстве было теоретически обосновано еще в начале XX в. В рамках тематики настоящего исследования важно подчеркнуть конституционное положение о единстве исполнительной власти в России: «В пределах ведения Российской Федерации и полномочий Российской Федерации по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации федеральные органы исполнительной власти и органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации образуют единую систему исполнительной власти в Российской Федерации»¹² (ч. 2 ст. 77 Конституции РФ).

⁸ Бахрах Д. Н., Россинский Б. В., Старилов Ю. Н. Административное право : учебник для вузов. М. : Норма, 2016. С. 188.

⁹ См.: Исполнительная власть в России. История и современность, проблемы и перспективы развития. М. : Новая правовая культура, 2004. С. 90 ; Шугрина Е. С., Петухов Р. В. Совершенствование механизмов взаимодействия уровней власти как вызов современному российскому федерализму // Местное право. 2016. № 6. С. 107.

¹⁰ См.: Комментарии к Конституции Российской Федерации / под ред. Ю. В. Кудрявцева. М., 1996. С. 62–63.

¹¹ СПС «КонсультантПлюс».

¹² Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г. // Российская газета. 1993. 25 дек.

Легальное определение термина «государственное управление» содержится в Федеральном законе от 26.06.2014 № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации», где под *государственным управлением* понимается деятельность органов государственной власти по реализации своих полномочий в сфере социально-экономического развития РФ и обеспечения национальной безопасности РФ.

В государственном управлении, как справедливо отмечает Г. В. Атаманчук, его управляющие воздействия опираются на государственную власть, подкрепляются и обеспечиваются ею¹³. Именно ОИВ и их кадровый состав реализуют государственно-властные полномочия и осуществляют исполнительно-распорядительную деятельность, которая составляет основу основ государственного управления¹⁴, еще в период административной реформы начала 2000-х гг. большое внимание уделялось обсуждению выбора структуры ОИВ, и прежде всего функционирующих на федеральном уровне. Предлагалось сократить число министерств и ведомств, перенести исполнительскую работу на уровень федеральных агентств, сформировать и обеспечить контрольно-надзорные структуры и механизмы. При этом актуальной была и продолжает оставаться проблема четкости и адекватности функций каждого вида структур относительно своей предметной сферы деятельности.

Таким образом, не будет преувеличением сказать, что структура без баланса компетенции ее составляющих и всего правового поля по вертикали, горизонтали системы в целом, без обоснования блока отраслей экономики, отраслей социальной сферы и представительства их интересов в государственной власти работать не сможет¹⁵.

Вопрос эффективности государственного управления признается исключительно важным на самом высоком уровне государственной власти. Так, в Основных направлениях деятельности Правительства РФ на период до 2024 года в качестве ключевых направлений *повышения качества государственного управления* рассматриваются повышение эффективности исполнения функций государственной власти; развитие механизмов

стратегического и проектного управления; эффективность государственных расходов, включая закупки для государственных и муниципальных нужд; цифровые технологии в государственном управлении; государственная гражданская служба; *государственные услуги*; развитие инструментов государственного регулирования; декриминализация предпринимательской деятельности и совершенствование уголовно-исполнительной системы; вовлечение граждан в государственное и муниципальное управление; обеспечение обороны и безопасности Российской Федерации¹⁶.

Затрагивая проблему *взаимодействия всех публичных и частных структур*, и не только экономики, но и всего социально-культурного сектора, необходимо говорить о наличии двух методологий. С одной стороны, государственный аппарат осуществляет услуги, а они оказываются только по требованию пользователя; с другой — государство переходит на программно-целевое управление с привлечением негосударственных структур к партнерству в осуществлении публичных функций. Ответ на вопрос о том, как совмещаются эти модели, еще нужно искать¹⁷.

Увеличение показателей эффективности деятельности Правительства РФ и ФОИВ планируется достигнуть за счет:

- оптимизации и сокращения неэффективных государственных функций и устранения их дублирования;
- совершенствования процессов принятия и исполнения решений с целью разумного сокращения согласительных процедур и повышения ответственности головного ведомства за конечный результат;
- внедрения в деятельность органов власти методов проектного управления;
- снижение объемов документооборота, максимального его перевода в электронный вид.

Можно констатировать фактическую интерпретацию тех положений (направлений), реализация которых предусматривалась на ранних этапах административной реформы. Так, именно с анализа функций ФОИВ, выявления дублирующих и избыточных из них в свое время начиналась административная реформа¹⁸. Более того, имен-

¹³ Атаманчук Г. В. Теория государственного управления : курс лекций. М. : Юрид. лит., 1997. С. 36.

¹⁴ Формы и методы государственного управления в современных условиях развития : монография / под ред. С. В. Запольского. М. : Прометей, 2017. С. 84.

¹⁵ Исполнительная власть в России. История и современность, проблемы и перспективы развития. М. : Новая правовая культура, 2004. С. 52.

¹⁶ Основные направления деятельности Правительства Российской Федерации на период до 2024 года (утв. Правительством РФ 29.09.2018). Раздел 2. «Меры государственной политики по достижению национальных целей развития». Подраздел 6. «Повышение качества государственного управления» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁷ Исполнительная власть в России. История и современность, проблемы и перспективы развития. М. : Новая правовая культура, 2004. С. 51—52.

¹⁸ Исполнительная власть в России. История и современность, проблемы и перспективы развития. С. 52 ; Формы и методы государственного управления в современных условиях развития. С. 74—75.

но оптимизация и упорядочение функций федеральных органов исполнительной власти были объявлены в качестве одной из главных целей административной реформы¹⁹.

Тем не менее вопросы структуры, функций и полномочий ФОИВ продолжают оставаться актуальными. В настоящее время в соответствии с Указом Президента РФ от 09.03.2004 № 314 (ред. от 12.04.2019) «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» в систему федеральных органов исполнительной власти входят *федеральные министерства, федеральные службы и федеральные агентства*.

Функции ФОИВ, руководство деятельностью которого осуществляет Президент РФ, определяются указом Президента РФ, функции ФОИВ, руководство деятельностью которого осуществляет Правительство РФ, — постановлением Правительства РФ.

Названным указом Президента РФ установлены функции, осуществление которых возложено на каждый тип (вид) (министерство, служба, агентство) федерального органа исполнительной власти.

Так, *федеральное министерство*:

- а) осуществляет функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в установленной сфере деятельности;
- б) на основании и во исполнение законодательства РФ самостоятельно осуществляет правовое регулирование в установленной сфере деятельности;
- в) осуществляет координацию и контроль деятельности находящихся в его ведении федеральных служб и федеральных агентств.
- г) осуществляет координацию деятельности государственных внебюджетных фондов.

Указом Президента РФ федеральному министерству установлен запрет на осуществление в установленной сфере деятельности функции по контролю и надзору, а также функции по управлению государственным имуществом, кроме случаев, устанавливаемых указами Президента РФ или постановлениями Правительства РФ.

Федеральная служба (служба) осуществляет следующие функции:

- а) функции по контролю и надзору в установленной сфере деятельности, а также специальные функции в области обороны, государственной безопасности, защиты и охраны государственной границы Российской Федерации, борьбы с преступностью, общественной безопасности;

- б) в пределах своей компетенции издает индивидуальные правовые акты на основании и во исполнение законодательства РФ, в том числе нормативных правовых актов федерального министерства, осуществляющего координацию и контроль деятельности службы.

Федеральная служба не вправе осуществлять в установленной сфере деятельности нормативно-правовое регулирование, кроме случаев, устанавливаемых указами Президента РФ или постановлениями Правительства РФ, а федеральная служба по надзору — также управление государственным имуществом и оказание платных услуг.

На *федеральное агентство* возложено осуществление следующих функций:

- а) в установленной сфере деятельности оно осуществляет функции по оказанию государственных услуг, по управлению государственным имуществом и правоприменительные функции, за исключением функций по контролю и надзору;
- б) в пределах своей компетенции издает индивидуальные правовые акты на основании и во исполнение актов законодательства РФ, в том числе и федерального министерства, осуществляющего координацию и контроль деятельности федерального агентства.

Федеральное агентство не вправе осуществлять нормативно-правовое регулирование в установленной сфере деятельности и функции по контролю и надзору, кроме случаев, устанавливаемых указами Президента РФ или постановлениями Правительства РФ.

В специальной литературе высказывалось мнение, что формально трехзвенная система федеральных органов исполнительной власти на самом деле организована таким образом, что в большинстве случаев фактически объединяет органы по-старому, в единые блоки, подведомственные федеральным министерствам. На основании этого был сделан вывод о том, что федеральным агентствам и службам статус самостоятельных органов исполнительной власти придан искусственно²⁰. Данный вывод представляется достаточно спорным. Трехзвенная система выдержала проверку временем, что на протяжении 15 лет неоднократно подтверждалось президентскими указами о структуре федеральных органов исполнительной власти. Конечно, эта система периодически, причем не всегда практически оправданно, корректируется. Речь в данном случае идет о создании и упразднении тех же федеральных агентств и служб, но отказ от

¹⁹ Хабриева Т. Я., Ноздрачев А. Ф., Тихомиров Ю. А. Административная реформа // Журнал российского права. 2006. № 2. С. 5.

²⁰ Россинский Б. В. Реализация концепций административной реформы // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2018. № 1. С. 33—34.

нее в настоящее время на официальном уровне не обсуждается.

Порядок взаимоотношений федеральных министерств и находящихся в их ведении федеральных служб и федеральных агентств, полномочия федеральных органов исполнительной власти, а также порядок осуществления ими своих функций устанавливаются в положениях об указанных ФОИВ.

Как отмечалось выше, осуществление функций по контролю и надзору возлагается на федеральные службы. Вместе с тем в настоящее время сложилась ситуация, при которой ряд федеральных министерств (а их порядка 20) согласно положениям об этих федеральных органах исполнительной власти обладают полномочиями по проведению контроля и надзора в установленной сфере деятельности, причем при наличии аналогичных функций у подчиненных им федеральных служб. Безусловно, такое положение дел прямо противоречит как Указу Президента РФ, так и самой концепции и логике построения системы федеральных органов исполнительной власти, что, в свою очередь, требует устранения этой коллизии правотворческим путем.

Затронув проблематику функций по контролю и надзору, сложно не отметить, что как среди ученых-правоведов, так и среди практических работников до настоящего времени не выработано четкого понимания сущности и дефиниции понятий «контроль» и «надзор»²¹. Как правило, эти понятия используются в качестве синонимов, что, конечно же, не может быть признано удовлетворительным. Приходится с сожалением констатировать, что и проект федерального закона «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации», разрабатываемый в 2017—2019 гг. в ходе масштабной работы по упорядочению актов законодательства, касающихся контроля и надзора в различных сферах деятельности, также не вносит ясности в понимание таких основополагающих понятий, как контроль и надзор, не дает их отличительных признаков, не определяет четкого соотношения между ними и проч.

Изложенное позволяет сделать выводы о некоторых проблемных аспектах и соответствующих им перспективных направлениях научных исследований:

Практикой государственного управления является востребованы разработка понятия «публичная власть», определение структуры и элементов публичной власти, принципов построения и деятельности системы публичной власти в Российской Федерации, ключевых основ взаимоотношения органов власти разных уровней, форм взаимодействия субъектов государственного управления, а также оснований и критериев распределения полномочий между разными уровнями публичной власти.

Актуальными направлениями исследований продолжают оставаться вопросы оптимизации структуры, определения функций и полномочий федеральных органов исполнительной власти (как по вертикали, так и по горизонтали) в целях в том числе исключения дублирования их функций.

Отсутствие четкого понимания сущности и дефиниции понятий «контроль» и «надзор» существенно затрудняет возможности разработки научно обоснованных рекомендаций, направленных на совершенствование форм и методов по реализации такой важнейшей функции органов исполнительной власти (федеральных, региональных, местных), как контроль и надзор.

Недостаточно разработанными как в научном, так и в законодательном плане являются вопросы отношений органов местного самоуправления и органов государственной власти субъекта РФ, федеральных органов исполнительной власти, которые на практике неразрывно связаны, что тем не менее не находит отражения в федеральном «рамочном» законодательстве.

В заключение хотелось бы выразить надежду на то, что изложенные положения и выводы могут представлять интерес для ученых и практиков, которым небезразлична проблема совершенствования научной и административно-правовой моделей механизма осуществления исполнительной власти в Российской Федерации.

²¹ Федеральный закон от 26.12.2008 № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля»; проект федерального закона «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. I). Ст. 6249.

Организация судебной деятельности. Судебная экспертиза, криминалистика

Теория информационно-компьютерного обеспечения криминалистической деятельности как основа инновационного развития криминалистической науки в условиях цифровизации¹

The Theory of Information and Computer Provision of Forensic Activity as the Basis of Innovative Development of Forensic Science in the Conditions of Digitalization

Е. Р. Россинская,
директор Института судебных экспертиз, заведующий кафедрой судебных экспертиз
Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ,
почетный работник высшего профессионального образования РФ,
академик Российской академии естественных наук
elena.rossinskaya@gmail.com

E. R. Rossinskaya,
Director of the Forensic Expertise Institute,
Head of the Forensic Expertise Department
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),
Dr. Sci. (Law), Professor; Honored Scientific Associate of Russia;
Honorary Worker of Higher Professional Education
of the Russian Federation,
Active Member of the Russian Natural Sciences Academy

© Е. Р. Россинская, 2020

Аннотация. В статье рассмотрены проблемы инновационного развития криминалистики в эпоху цифровизации на основе формирования теории информационно-компьютерного обеспечения криминалистической деятельности. Обоснованы определение предмета и объектов данной теории, ее основные закономерности и система.

Ключевые слова: теория информационно-компьютерного обеспечения, криминалистическая деятельность, цифровизация, предмет теории, система теории, цифровые следы.

Abstract. The article discusses the problems of innovation in the criminalistics' development. The problems of the formation the theory of information and computer support of criminalistics activities are being discussed. The definition of its subject, objects, studied patterns is substantiated. The system of this forensic theory is proposed.

Keywords: information-computer software theory, criminalistics activity, digitalization, subject of theory, system of theory, digital traces.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.115-119

Глобальный процесс цифровизации, внедрение повсеместно компьютерных технологий, ставшее практически магистральным вектором развития всех сфер человеческой деятельности в современном обществе, серьезно затронули

и судопроизводство по уголовным, гражданским и административным делам. Применение в противоправных целях информационных компьютерных технологий, помимо преступлений в сфере компьютерной информации, позволяет совершать

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16003.

практически любые преступления: хищение наличных и безналичных денежных средств, мошенничество, фальшивомонетничество, «отмывание» денег, продажу секретной информации, террористические акты, незаконный оборот наркотических и психотропных средств и проч.

Более того, развитие цифровизации порождает все новые и новые способы преступлений, изменение механизма их совершения и сокрытия. Так, повсеместное распространение мобильных средств связи обусловило возможность реализации новых способов преступлений: использование средств мобильной коммуникации для совершения террористических актов, поджогов, взрывов; создание и распространение вредоносных программ для коммуникаторов, организацию массовых беспорядков, групп смерти и др.

Несмотря на то, что первая информация о совершении хищения денежных средств с применением средств электронно-вычислительной техники относится еще к 1979 г., когда путем манипуляции данными на входе в компьютерную систему в Вильнюсе было похищено 78 584 руб.² — сумма огромная по тем временам, работы, посвященные криминалистическому обеспечению расследования компьютерных преступлений, хотя и достаточно многочисленные, носят в основном неупорядоченный фрагментарный характер.

Как мы уже неоднократно отмечали, и мы в этом не одиноки, к сожалению, закономерности возникновения, движения и видоизменения потоков криминалистически значимой информации с использованием компьютерных средств и систем пока не нашли достойного места в криминалистической науке. Для исследования компьютерных систем и средств необходим особый комплекс специальных знаний, сформированный на основе разрабатываемой нами частной криминалистической теории информационно-компьютерного обеспечения криминалистической деятельности, предметом которой являются закономерности возникновения, движения, собирания и исследования компьютерной информации при расследовании преступлений и судебном рассмотрении уголовных, гражданских и административных дел.

Хотя криминалистические методы исследования компьютерных средств и систем, как в России, так и за рубежом, широко используются в гражданском и административном судопроизводстве, в силу вовлечения в процесс доказы-

вания этих объектов, цифровизация раскрытия и расследования преступлений, безусловно, для криминалистики приоритетна, поскольку общей и главной задачей криминалистической науки является борьба с преступностью.

Объектами данной частной теории служат, с одной стороны, сами компьютерные средства и системы как носители розыскной и доказательственной криминалистически значимой информации, а с другой — система действий и отношений в механизмах преступлений с использованием компьютерных средств и систем, а также криминалистических компьютерных технологий выявления, фиксации, изъятия, сохранения, исследования и использования криминалистически значимой доказательственной и ориентирующей информации³.

К закономерностям, составляющим предмет теории информационно-компьютерного обеспечения криминалистической деятельности относятся также закономерности:

- возникновения, существования и исчезновения (утраты) в компьютерных средствах и системах цифровых следов, содержащих криминалистически значимую информацию⁴;
- отражения в компьютерных средствах и системах криминалистически значимой информации — цифровых следов — о событии преступления/правонарушения;
- отражения в компьютерных средствах и системах информации о формировании и реализации способа преступления, о связях действий и их результатов, повторяемости действий в похожих ситуациях, стереотипов действий субъектов при совершении преступлений/правонарушений;
- создания и функционирование информационно-компьютерных технологий, обеспечивающих процессы выявления, фиксации, изъятия, сохранения, исследования криминалистически значимой компьютерной информации;
- возникновения и развития обстоятельств, связанных с преступлением/правонарушением, сопряженным с использованием компьютерных средств и систем (как до, так и после его совершения) и значимых для расследования;
- оценки и использования криминалистически значимой компьютерной информации, имеющей розыскное и доказательственное значение;
- информационно-компьютерного криминалистического обеспечения тактики и техноло-

² Батулин Ю. М. Проблемы компьютерного права. М. : Юрид. лит., 1991. С. 126.

³ Россинская Е. Р. Информационно-компьютерное обеспечение криминалистической деятельности как частная криминалистическая теория // Воронежские криминалистические чтения. 2017. № 2 (19). С. 168—176.

⁴ Россинская Е. Р. Современное состояние и перспективы цифровизации судебно-экспертной деятельности // Материалы VII Международной научно-практической конференции «Теория и практика судебной экспертизы в современных условиях» (г. Москва, 17—18 января 2019 г.). М. : Проспект, 2019. С. 407—417.

гии производства следственных и судебных действий;

- информационно-компьютерного криминалистического обеспечения методик расследования преступлений, и в первую очередь создания информационно-компьютерных моделей по видам преступлений, совершаемых с использованием компьютерных средств и систем;
- информационно-компьютерного криминалистического обеспечения гражданского и административного судопроизводства.

Исходя из этого можно построить систему частной теории информационно-компьютерного обеспечения криминалистической деятельности, включающую ряд взаимосвязанных, но самостоятельных учений.

1. Концепция теории информационно-компьютерного обеспечения криминалистической деятельности, включая основные дефиниции теории: предмет теории, ее объекты, изучаемые закономерности, а также криминалистические понятия: следов в информационно-компьютерном пространстве; носителей криминалистически значимой компьютерной информации; компьютерных систем; вредоносных программ; контрафактных информационно-компьютерных продуктов⁵.

2. Учение о способах компьютерных преступлений преступлений/правонарушений. Способы компьютерных преступлений обычно являются полноструктурными, т.е. включают действия, относящиеся ко всем его элементам: подготовке, совершению и сокрытию. Причем подготовка обычно предусматривает действия по сокрытию.

Приведем в качестве примеров несколько способов компьютерных преступлений. Одним из них является использование VPN-сервисов (англ. Virtual Private Network — виртуальная частная сеть)⁶. Технологии VPN обеспечивают шифрование сетевого трафика между компьютером пользователя и VPN-прокси-сервером, который является шлюзом выхода в сеть Интернет и, соответственно, скрывает реальный IP-адрес пользователя. Если требуется высокий уровень конспирации, преступники арендуют у провайдеров хостинговых услуг вычислительные мощности практически в любой точке мира, на которых на-

страивают собственные VPN-серверы либо виртуальные машины, с которых, используя сторонние VPN-сервисы, выходят в сеть Интернет.

Другой способ, использование которого позволяет скрыть свой IP-адрес, — The Onion Routing, TOR (луковая маршрутизация второго поколения) — технология и программное обеспечение для реализации обмена данными с многослойным шифрованием с помощью системы прокси-серверов, обеспечивающих анонимное сетевое подключение⁷.

Троянская программа, обладающая функциональными возможностями VPN-прокси-сервера, также позволяет преступникам создать бот-сеть из компьютеров, зараженных такой программой, и использовать ее для сокрытия своего IP-адреса.

Помимо упомянутых способов анонимизации своих действий в сети Интернет путем построения цепочки прокси-серверов преступники для этих целей применяют и другие криминальные либо полукриминальные схемы, например, через несанкционированное подключение к сторонним беспроводным точкам доступа — Wi-Fi роутерам либо с помощью беспроводных модемов мобильной связи с SIM-картами, оформленными на сторонних лиц⁸.

3. Учение о цифровых следах как источниках криминалистически значимой компьютерной информации. Нами было предложено выделять информацию, формирующуюся в процессе работы с вычислительной техникой, в особую группу материальных следов, которые были названы «цифровыми следами», поскольку формирование данных следов обусловлено спецификой реализации информационных технологий и связано с представлением информации в цифровой форме, а для преобразования в доступную для восприятия форму также используются цифровые технологии. Любые действия с использованием компьютерных систем и их сетей оставляют цифровые следы в оперативной памяти компьютера, на носителях информации различных типов, на линиях связи и в коммутаторах. Следовательно, цифровой след — это криминалистически значимая компьютерная информация о событиях/действиях в процессе ее возникновения, обработки, хранения, передачи, отраженная в материальной среде⁹.

⁵ *Rossinskaya E. R.* Concept the private theory of information-computer support of criminalistic activity: subject, objects, system, regularities // XV International Congress Criminalistics and Forensic Expertology: Science, Studies, Practice. September 19—21, 2019. Kaunas, Lithuania, 2019. P. 224—237.

⁶ *Куроуз Д., Росс К.* Компьютерные сети: нисходящий подход. 6-е изд. М., 2016. С. 794—795.

⁷ *Ligh M., Adair S., Hartstein B., Richard M.* Malware Analyst's Cookbook and DVD: Tools and Techniques for Fighting Malicious Code. Indianapolis, 2010. P. 2—5.

⁸ Более подробно см.: *Россинская Е. Р., Рядовский И. А.* Современные способы компьютерных преступлений и закономерности их реализации // *Lex russica*. 2019. № 3 (148). С. 87—99.

⁹ *Россинская Е. Р., Рядовский И. А.* Концепция цифровых следов в криминалистике // Аубакировские чтения : материалы Международной научно-практической конференции (19 февраля 2019 г.). Алматы, Казахстан, 2019. С. 6—9.

Цифровые следы — это следы материальные, поскольку отражаются на материальных объектах, хотя в некоторых случаях период их существования весьма краток. Формирование данных следов обусловлено спецификой реализации информационных технологий, а преобразование в доступную для восприятия форму также осуществляется с использованием информационных технологий. Следовательно, по происхождению эти следы следует отнести к технологическим. Механизм слеодообразования цифровых следов — электронный или электромагнитный, в зависимости от носителя. Но возможны и механические следы, например, под воздействием лазерного луча в структуре материала оптического диска.

4. Учение о криминалистическом исследовании компьютерных средств и систем, реализуемое в новом разделе криминалистической техники, который включает исследование как стационарных компьютеров, серверов, носителей данных, так и мобильных устройств сотовой связи, смартфонов, планшетных компьютеров и других устройств, содержит описание этих объектов, особенности собирания (выявления, фиксации, изъятия) криминалистически значимой компьютерной информации, возможности судебно-экспертного исследования этих объектов. Необходимость выделения нового раздела криминалистической техники очевидна, хотя данный раздел пока явно недостаточно разработан методологически и методически. Но эта задача как раз и может быть комплексно решена в рамках частной теории информационно-компьютерного обеспечения криминалистической деятельности.

5. Учение об информационно-компьютерном криминалистическом обеспечении тактики следственных и судебных действий, включающее:

- виды тактических приемов, тактических комбинаций и операций при расследовании компьютерных преступлений. Классификация и типизация следственных ситуаций, возникающих при расследовании компьютерных преступлений, тактические рекомендации при расследовании компьютерных преступлений, специфика тактических решений и особенности тактического риска по делам данной категории;
- особенности тактики и технологии следственных действий (осмотр, обыск, допрос, осмотр предметов, документов, выемка, следственный эксперимент) по уголовным делам, сопряженным с неправомерным доступом к компьютерной информации, разработкой и использованием вредоносных программ, мошенничества, о незаконном обороте наркотических средств, преступлениях против личности, преступлениях в сфере экономической деятельности и пр.;
- роль специальных знаний и специалистов в применении тактических приемов и тактиче-

ских операций, ситуационный подход к выбору специалиста и его компетенции.

6. Учение об информационно-компьютерных криминалистических моделях видов компьютерных преступлений, включающее:

- типичные модели исходной информации о виде компьютерного преступления;
- модели типичных способов компьютерных преступлений;
- информационные модели типичных последствий применения данных способов;
- информационные модели личности вероятного преступника, его мотивов и целей;
- информационные модели личности вероятной жертвы преступления;
- информационные модели некоторых обстоятельств совершения преступления (место, время, обстановка).

7. Учение об информационно-компьютерном криминалистическом обеспечении методик расследования компьютерных преступлений, включающее:

- информационно-компьютерные криминалистические модели видов компьютерных преступлений; типичные следственные ситуации для данного вида компьютерного преступления;
- особенности планирования на первоначальном и последующем этапах при расследовании данного вида компьютерного преступления;
- особенности тактики первоначальных следственных действий при расследовании данного вида компьютерного преступления;
- особенности тактики последующих следственных действий при расследовании данного вида компьютерного преступления.

8. Учение о цифровизации системы криминалистической регистрации, в том числе справочно-информационных фондов криминалистического и судебно-экспертного назначения, включая взаимосвязи и разграничения цифровизации криминалистической и судебно-экспертной деятельности.

Создание в системе криминалистической регистрации криминалистического учета АИПС по способам компьютерных преступлений (*modus operandi*) должно позволять осуществление обмена информацией на межгосударственном уровне.

Связи цифровизации криминалистической и судебно-экспертной деятельности осуществляются через ведомственные справочно-информационные фонды (СИФ), где сосредоточены в том числе образцы для сравнительных исследований. В большинстве случаев ведомственные СИФы — это автоматизированные информационно-поисковые системы по конкретным объектам криминалистического и судебно-экспертного исследования. Серьезной проблемой является ве-

домственная разобщенность СИФов. Российское законодательство детально не регламентирует порядок формирования указанных СИФов, поэтому встает вопрос о легитимности их использования при производстве экспертиз.

С другой стороны, многие методы экспертного исследования реализуются на основе современного программного обеспечения, позволяющего осуществлять хранение, обработку результатов исследований и обмен данными о их результатах с неограниченным кругом пользователей в экспертном сообществе, в том числе и на международном уровне.

Тем самым устраняются локальные информационные ограничения. Поэтому необходимы: нормативное регулирование единого вневедомственного подхода к структуре и содержанию баз данных по объектам судебной экспертизы с учетом объектов, обладающих особым статусом, а также определение баз данных и АИПС, которые допустимо использовать в негосударственных судебно-экспертных организациях, установление порядка их создания и распространения¹⁰.

Цифровые следы и СИФы являются связующим звеном между цифровизацией криминалистической и судебно-экспертной деятельности, поскольку цифровизация криминалистической деятельности — это в том числе выявление, фиксация, сохранение, изъятие, использование в доказывании цифровых следов и информации,

содержащейся в СИФах, а цифровизация судебно-экспертной деятельности — это в том числе предварительное и экспертное исследование цифровых следов с использованием информации, содержащейся в СИФах.

9. Учение об информационно-компьютерном криминалистическом обеспечении гражданского и административного судопроизводства.

Необходимо отметить, что цифровизация криминалистической деятельности, т.е. ее информационно-компьютерное обеспечение не включает формирование информационно-цифровых сред обеспечения досудебного производства, как указывают некоторые ученые. Формирование такой среды — это отдельная междисциплинарная задача, решение которой позволяет компьютеризировать процессы предварительного и судебного следствия, включая формализацию и цифровизацию процессуальных документов, регистрационных и отчетных материалов, но не задача криминалистики. Создание подобной информационно-цифровой среды обеспечения досудебного производства, безусловно, актуальная задача, поскольку ее решение позволит на совершенно другом уровне осуществлять анализ уголовных дел, обобщение следственной и экспертной практики, разработку информационно-поисковых моделей по видам преступлений, формирование гибридных интеллектуальных методик расследования.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Батулин Ю. М. Проблемы компьютерного права. — М. : Юрид. лит., 1991. — 272 с.
2. Куроуз Д., Росс К. Компьютерные сети: нисходящий подход. — 6-е изд. — М., 2016. — 912 с.
3. Россинская Е. Р. Информационно-компьютерное обеспечение криминалистической деятельности как частная криминалистическая теория // Воронежские криминалистические чтения. — 2017. — № 2 (19). — С. 168—176.
4. Россинская Е. Р. Современное состояние и перспективы цифровизации судебно-экспертной деятельности // Теория и практика судебной экспертизы в современных условиях : материалы VII Международной научно-практической конференции (г. Москва, 17—18 января 2019 г.). — М. : Проспект, 2019. — С. 407—417.
5. Россинская Е. Р., Рядовский И. А. Концепция цифровых следов в криминалистике // Аубакировские чтения : материалы Международной научно-практической конференции (19 февраля 2019 г.). — Алматы, Казахстан, 2019. — С. 6—9.
6. Россинская Е. Р., Рядовский И. А. Современные способы компьютерных преступлений и закономерности их реализации // Lex russica. — 2019. — № 3 (148). — С. 87—99.
7. Ligh M., Adair S., Hartstein B., Richard M. Malware Analyst's Cookbook and DVD: Tools and Techniques for Fighting Malicious Code. — Indianapolis, 2010. — P. 2—5.
8. Rossinskaya E. R. Concept the private theory of information-computer support of criminalistic activity: subject, objects, system, regularities // XV International Congress Criminalistics and Forensic Expertology: Science, Studies, Practice. September 19—21, 2019. Kaunas, Lithuania, 2019. P. 224—237.
9. Rossinskaya E. R., Gorshkova K. O., Kirillova N. P., Stoyko N. G., Kirillova E. O., Kochemirovskaia S. V., Kochemirovsky V. A. Challenges of Forensic-Technical Expertise of Documents for Determining the Terms of Their Production // Journal of Siberian Federal University. Humanities & Social Sciences. — 3. — 2019. — 12. — P. 410—437.

¹⁰ Rossinskaya E. R., Gorshkova K. O., Kirillova N. P., Stoyko N. G., Kirillova E. O., Kochemirovskaia S. V., Kochemirovsky V. A. Challenges of Forensic-Technical Expertise of Documents for Determining the Terms of Their Production // Journal of Siberian Federal University. Humanities & Social Sciences. 3. 2019. 12. P. 410—437

法官决策的基本问题分析

Анализ основных проблем при вынесении вердиктов судьями

Analysis for Basic Problem of Judges Decision

杨金科

河南大学法学院副教授（校聘），Хэнань 研究方向：犯罪心理学
河南大学法学院，开封 475001
pangdongmei71@163.com

Ян Цзинькэ,

доцент Юридического института
Хэнаньского университета, КНР

Yang Jinke,

Associate professor of Law school of Henan University

© Ян Цзинькэ, 2020

中文摘要：凡是有人类的地方，就会有决策活动。早在公元前二百多年，“决策”一词在我国《孟子》中就有记载——“权变、乘势、决策之道”。决策是人们对未来目标以及达成目标的方法所作出的选择与行为的集合。¹在科学技术不发达的小生产时代，由于社会生产规模小、社会变化节奏慢及社会活动影响不广，决策通常是个人依据其自身的经验、知识、能力等所作出的。其主要特点是：个体决策、经验决策、封闭决策。时至今日，随着社会的发展，科学技术的突飞猛进，社会交往日趋广泛，生产规模不断扩大，决策行为也凸显出涉及因素多、变化快、难度大等特征。按照一般的决策学理论，决策通常由五个基本要素构成：决策主体、决策对象、决策信息、决策方法和决策结果。决策主体一般是个人，但也可以是机构。决策的基本要素需要与生产方式相适应，这样才能做到决策科学化。当今社会是一个信息万变、宏大而复杂的体系，决策行为不仅需要高度自动化的决策信息的加工处理，而且更需要有组织有序的、密切合作的专家集团充分发挥其整体有效的功能，唯有如此方能作出科学正确的决策。

决策论是决策分析的理论基础，其作为运筹学的一个分支，是“根据信息和评价准则，用数量方法选取或寻找最优决策方案的科学”。在实际生活中，对同一个问题所面临的几种情况又有几个可选方案时，决策者为应对这些情况所选取的方案就组成了决策策略。众所周知，决策论是在概率论的基础上发展而来的。不过，法官决策作为一种司法活动和人的心理活动，有着与其他决策不同的特性——兼具法学和心理学双重视野。正如美国大法官霍姆斯所言：“（法官决策）形成的背后是对相互冲突的相对价值与轻重程度作出的判断，当然，这往往是未经道出且不知不觉的判断，然而却是整个司法过程的根基与核心所在。”²在司法语境下，本文以决策心理学的一般理论和逻辑为基础，对法官决策的概念、特性、主体以及原则等进行了一个并不是那么精确地界定和分析，以便于我们对这些问题有一个整体的认识和把握。

关键词：决策 法官决策 决策主体 决策行为 决策原则

Abstract. A place where there are human beings, there will be decision-making activities. As early as two hundred years BC, the word of “decision-making” in the there are records - “contingency, the momentum, method of decision-making”. Decision-making is a collection of people make choices and behavior on the goals and methods achieve their goals in the future. In the small-scale production era of science and technology underdeveloped, due to the small scale of social production, the slow pace of social change and the impact of social activities are not widely, decisions are made usually based on their own personal experience, knowledge, abilities, etc. Its main features are: individual decision-making, decision-making experience, closure decisions. Today, with the development of society, the rapid progress of science and technology, social interaction increasingly widespread, expanding production scale, the decision-making behavior also highlights the many factors involved, changes quickly, difficulty and other characteristics. According to the general theory of decision-making, decisions are usually made up of five basic elements: decision-making body, the decision-making object, decision-making information, decision-making methods and decision results. Decision-making body is usually an individual, but can also be institutional. The basic elements of the decision-making need to adapt mode of production, so

¹ 钱卫清：《法官决策论》，北京大学出版社2008年版，第2页。

² 转引自钱卫清：《法官决策论》，北京大学出版社2008年版，第1页。

as to achieve scientific decision. Today's society is an information status quo, ambitious and complex system, decision-making behavior is not only highly automated processing needs of decision-making information, but also need an organized and orderly, working closely expert group to fully play its overall effective function, only there are so science can only make the right decisions.

Decision theory is based on the analysis of decision theory, as a branch of operations research, is "based on information and evaluation criteria, with a number of methods to select the program or to find the optimal decision science". In real life, when several cases of the same problems faced there are a few options for policymakers to deal with these situations the selected program on the formation of the decision-making strategies. As we all know, decision theory is based on probability theory evolved. However, as a judge of judicial decision-making activities and human mental activity, with different characteristics and other decision-making-- both law and psychology double vision. As Justice Holmes said: "Behind the formation of the judgment is made of the relative value and the conflicting severity, of course, this is often not revealed and unconsciously judge, but it is the foundation and core of the whole judicial process". In this paper, the general theory of psychology and logical decisions based on the concept of the judge's decision, characteristics, as well as the main principles were not so precise a definition and analysis of these issues so that we have an overall understanding and grasp.

Keywords: Decision, Judge Decision, Decision-making body, Decision Making, Decision principles.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.120-132

第一节 决策与法官决策

时至今日，人类已经经历了几十万年的进化，我们的祖先群居而生，他们几乎用所有醒着的时间来进行觅食以维持生存。而当人们无需觅食的时候，就会寻找安全的住所、选择合适的配偶、保护我们的后代。人类之所以能够成功的完成这些生存任务，并非因为我们拥有格外强健的体魄，也不是因为我们拥有异常敏锐的感觉。其实，今天的我们之所以能够主宰地球，正是由于我们有着了一项其他物种所不可比拟的独特技能——能做出好的决策。这一技能已经可以使我们离开地球，虽然时间不长；依靠决策技能我们也发明了各种技术，甚至是制造出了武器。但是，我们如果真的做了几个坏的决策，就会遭到自然界的报复，使得我们的星球变得不宜生存。总而言之，人类确实拥有一种特殊的能力——能为实现特定的目标而选择合适的途径。³

一、何谓决策

关于决策，有一个非常形象的比喻：一个人驻足于一个岔路口，然后选择了其中一条路，其目的是为了达到所渴望的目标，亦或避免一些不愉快的结果。实际上，这就是决策的形象描述。其实，“决策”一词是一个外延十分广泛的概念，但研究发现，不同个体在不同决策情境下的思考方式是相同的。大至国家的行政决策，小到个人的日常决策，就其心理的运行过程以及思维模式来说，并无实质区别。这是由于我们在进化过程中拥有了一些共同的认知技能，以致于在决策过程中会表现出相似的思考方式和决策习惯。我们通过自然选择，具备了一些最基本的决策技能，其中最主要的就是趋利避害，譬如哪些洞穴、哪些动物是可以接近的，而哪些是必须要避开的等等。在史前时期，错误的决策会以一种戏剧性的方式遭到惩罚，就像哲学家奎因所说的：“有一些生物体，由于世代积累的一些错误来到这个世上，具有一种异常凄惨但又值得称颂的倾向，即在繁殖他们的后代之前死去。”⁴换言之，对于那些对未来做出错误预测，并因此做出糟糕决策的动物（当然也包括人类）来说，它们往往在将它们的基因传递给下一代之前就已经死去。这也是我们人类以及其他动物为什么善于做出生存决策的原因之一。

在心理学视野下，“决策”有一个更加科学的定义，“决策应该是特定情境中的一种反应，它由三部分组成：1. 不止有一个行动方案可供选择；2. 决策者对每一个行动方案所带来的结果和未来事件会形成一定的预期，预期可能会以信心程度或者概率的形式呈现；3. 与可能的结果相联系的后果可以在一个连续体上得到评估，而这一评估所依据的是当前的目标和个人的价值观。”⁵这一定义虽然逻辑性强、也很全面，但美中不足的就是它涵盖的情境太多了，其甚至可以作为“有意行为”的一个定义，而不仅仅是“决策行为”。因此，对上述定义有所限定就显得很有必要。而对其限定的最好方法就是搜集一些决策行为的实例，然后依赖这些例子更为确切地界定决策行为，从而可以使大家轻易地分辨出究竟哪些行为才算是我们这里所说的决策行为。表1中这些实例均符合决策的三部分定义：两个或者更多的行动方案、影响相关结果和事件

³ 参见[美]雷德·海斯蒂、罗宾·道斯：《不确定世界的理性选择——判断与决策心理学（第2版）》，谢晓非、李纾等译，人民邮电出版社2013年版，第1页。

⁴ 转引自[美]雷德·海斯蒂、罗宾·道斯：《不确定世界的理性选择——判断与决策心理学（第2版）》，谢晓非、李纾等译，人民邮电出版社2013年版，第23页。

⁵ [美]雷德·海斯蒂、罗宾·道斯：《不确定世界的理性选择——判断与决策心理学（第2版）》，谢晓非、李纾等译，人民邮电出版社2013年版，第24页。

的不确定，不同的事件所带来的积极或消极的后果。我们对客观事件会有一些的信念，同时，我们对这些事件又会有一个主观评估，而以上两个过程的整合正是决策的精髓所在。⁶

表1 四类不同被试列出的关于“决策”的例子

老年人

买一辆新车还是二手车
搬到退休社区去居住还是独自生活在自己的房子里
早点退休还是再工作十年
死后是火葬还是土葬
选择谁作为自己的财产继承人
该向那个慈善机构捐款、捐多少
是否要做膝盖手术
该坐飞机旅行还是长途汽车
该为哪一个总统候选人投票
加入哪个教会
是否要结婚

大学生

是否去读大学
该选择什么样的职业或工作
小孩上学前是否需要外出工作
该修一下自己的车还是直接把它丢掉
找工作还是读研
是否该穿舌环
宗教偏好
极力为自己的一些争议性观点辩护还是保持沉默
是否要戒掉所有的毒品
是否要让我的狗安乐死
是否要面对父亲的饮酒问题
在父母离婚后与谁生活
是否及时结束一段恋情
选择哪门大学课程
明年住哪里
是否去拜访一位老室友

历史学家列出的20世纪重大历史决策的例子

约翰逊（美国第三十六任总统）在20世纪60年代做出加大越南战争参与程度的决定
希特勒侵略前苏联（1941）
最高法院的决议：1954年布朗诉教育委员会案（公立学校中废除种族歧视）
1956年，罗莎·帕克斯在公交车上拒绝让出自己位置的决定
最高法院的决议：罗伊诉韦德案（堕胎合法化）
20世纪50年代美国公共卫生局将避孕套投放市场的决定
乔治国王在1940年任命丘吉尔为首相
选举富兰克林·罗斯福为美国总统（1932）
杜鲁门总统支持马歇尔计划的决定（1947）
在西欧建立共同市场的决定（1958）
各国领导人签署凡尔赛条约的决定（1919）
张伯伦（第二次世界大战初英国首相）和达拉第（第二次世界大战初法国总理）向希特勒“绥靖”的决定（1938）

在一本关于决策的畅销科教科书中列出的例子

对核战争的相关风险进行评估
对病人采取哪种医疗手段
购买哪种彩票
玩哪种赌博游戏
是否要买车辆保险
是否支持建一座核电站
在两种不同的金融投资（股票市场）中做出选择
上哪门课

⁶ [美]雷德·海斯蒂、罗宾·道斯：《不确定世界的理性选择——判断与决策心理学（第2版）》，谢晓非、李纾等译，人民邮电出版社2013年版，第26页。

购买哪种消费品（例如：电视机）或租哪一个公寓

关于决策，本文所强调的重点并非人们应该选择什么，而是探讨我们是如何选择的。富兰克林曾经就在给他的一个朋友回信时这样写道：“我没有足够的权力建议你，应该选择什么，但如果你愿意聆听的话，我可以告诉你如何决策。”⁷由于人们的思维技能也是具有普遍的局限性，所以我们所做的决策有时并非最佳的，特别是当决策任务与人们在祖祖辈辈所经历的“进化”环境中那些决策和判断有所不同时，这种局限性就会显得尤为突出。由此可见，我们的决策能力并不是经过一些进化上的设计而简单地被“安入”体内的。⁸和其他技能一样，如何做出一个明智的选择是需要通过学习的，决策技能会随着经验的丰富而日益改善。

二、法官决策之界定

在众多社会活动中，司法裁判活动作为纠纷解决的主要方式无疑是一个充满博弈与决策的复杂过程。在司法的语境下，司法裁判⁹其实构成了法官决策的核心和依归。透过实践我们可以探知司法裁判的基本作用在于：由法官及其所代表的司法机关针对犯罪人的犯罪事实，在现行法律秩序和规范的框架内，对犯罪人的犯罪行为作出合法的、终局的裁判，从而保障了已经受损的法益得以修复，维护了法律的威严和社会的安定。在司法审判的过程中，法官决策（即作为案件的决策者的法官如何认定案件、如何适用法律以及如何得出判决结果的过程）是其中最为重要的环节。因此，在疑难刑事案件的审判中，对法官决策技能的探讨毫无疑问是非常有意义的。

法官决策相对于决策而言，其实就是特定主体在特定情境中的行为反应，是决策的其中一种类型。但由于其涉及到法学和心理学两个领域，处于两个学科的交叉地带，所以专门对法官决策进行研究的学者少之又少，而与之相关的论文和著作更是凤毛麟角。因此，关于法官决策的定义，目前也只有钱卫清律师对其下过一个明确的定义：法官在具体的诉讼过程中，作为案件裁判者的决策主体，在包含证据认定在内的认定事实活动中，在界定案件法律关系、选择适用法律活动中，以及在形成最后裁判结果等活动中所进行的确认、判断、决定等一系列的诉讼行为的集合。¹⁰不难看出，以上定义是作者主要从诉讼的视角对法官的决策行为所作出的归纳总结。不过，鉴于本文写作的视角，笔者认为，“法官决策”一词的定义应当突出心理学的特点。因为法官决策关键点在于决策，法官只是决策主体身份的限定，而决策行为其实是主体心理和思维活动的外化表现。因此，如果从心理学视角切入，结合其在法学领域的特定情境，以心理学和法学双重视角对“法官决策”进行界定是否会更恰当一些。基于此，笔者尝试着对“法官决策”进行了如下定义：所谓法官决策，是指法官在诉讼过程中对特定情境（具体案件）的一种反应，而这种反应是基于寻求案件事实与法律规则之间某种对应关系所做出的一系列判断、确认行为的集合。这正如塞缪尔·巴特勒（英国19世纪最伟大的作家）所言：“生活是一门艺术，要在不充足的前提下得出充足的结论。”¹¹而法官的工作即是如此，其决策过程与之也是异曲同工。

三、法官决策之特性分析

法官决策不论在实务界还是理论界都是一个新的提法，其作为决策类型之一，那么与其他类型的决策究竟有何区别？法官的这种决策活动是否有着自身的特点和规律？等等。基于此，笔者将从上述对法官决策的界定出发，带着种种疑问去一探法官决策的全貌，并对其特性予以进一步的概括和辨析。

首先，法官决策作为一种司法行为，其司法之属性无疑是法官决策的应有之义。法官作为司法权的行使者，其任务就是应当事人或国家机关的请求，以中立第三者的身份，“以事实为根据，以法律为准绳，”对犯罪人的犯罪行为或当事人之间的人身、财产权利作出公平、公正的裁决，从而发挥其社会纠纷解决之功能。而作为司法权运作的主要形式和司法裁判的核心与关键——法官决策——其司法特征不言而喻。在这个过程中，法官应当坚持以司法行为自身的特点为决策基础，尊重司法行为的发展规律，无论是对法律事实的认定，还是对法律条文的解释，又或者是对裁判结果的论证，都应当按照司法本身的特性加以理解。譬如，法官对法律的解释和适用，法律解释严格意义上讲只能是法官的解释，并且只有审判当下案件的法官才有解释的正当性。因为只有对案情有全面的了解和掌握，且亲身经历了案件的整个过程，才有可能在法律规范与案件事实之间来回穿梭，最终对法律适用问题作出合理的决策。¹²司法过程的复杂性以及具体性，意味着没有亲历的经验很难会有真切的体验与合乎逻辑的判断。换言之，如果没有亲身经历的法官参与了案件的决策，那么开庭审理就变得毫无意义，而之所以在司法裁判过程中要求开庭审理，就是因为要尊重事物本身的性质，注重司法审理过程中的每一个细节，唯有如此才有可能做出一个合乎逻辑又合乎法律的决策。由此可见，司法属性实际上构成了法官决策的本质和首要特性。

⁷ 转引自[美]雷德·海斯蒂、罗宾·道斯：《不确定世界的理性选择——判断与决策心理学（第2版）》，谢晓非、李纾等译，人民邮电出版社2013年版，第2页

⁸ [美]雷德·海斯蒂、罗宾·道斯：《不确定世界的理性选择——判断与决策心理学（第2版）》，谢晓非、李纾等译，人民邮电出版社2013年版，第2页。

⁹ 由于本文论述的对象是刑事案件，因此，本文中所指的“司法”、“诉讼”、“裁判”等术语，如无特别说明，一般仅限于刑事诉讼领域。

¹⁰ 钱卫清：《法官决策论》，北京大学出版社2008年版，第3页。

¹¹ 转引自[美]雷德·海斯蒂、罗宾·道斯：《不确定世界的理性选择——判断与决策心理学（第2版）》，谢晓非、李纾等译，人民邮电出版社2013年版，第1页。

¹² 参见钱卫清：《法官决策论》，北京大学出版社2008年版，第4页。

其次，内心确认原则也是法官决策的一个显著特性。在法官的决策过程中，法官通过考量和权衡诉讼中的各种因素，遵循严格的法律规范，随着对案件事实认识的深入，逐渐形成对此案件的内心确认，并以法定的形式表达于外。法官的内心确认，通常是指法官在运用自己的理性良心和知识经验对案件相关证据证明力大小进行评价认定后，所形成的对案件事实所应达到的认知程度，即达到心证证明标准的认识状态。¹³也有学者这样表述：所谓法官的内心确认，是指法官在诉讼过程中，通过听取当事人的举证、质证、辩论、审阅卷宗、查找法律规范依据等活动，并运用既有的法律知识，按照既定的诉讼规则，对争议标的的法律适用、证据采信、裁判调整等问题，在内心形成某种确定且坚信的结论性意见，产生成竹在胸的感觉。¹⁴可以看出，第二种表述相对于第一种来说，或许没那么抽象，可能更加具体和生动，但其所表达的中心思想是相同的。我们也可以这样理解，法官的内心确认是其对案件的全部或个别问题的观念定型，不是飘忽不定的感性认识，而是法官对案件确定的理性判断。倘若没有出现新的证据或更有力的裁判理由，法官是不会轻易动摇已形成的认识和判断。如果我们以形成物化的判决书为标准来阐述法官决策与其内心确认的关系，这就像行为与心理活动一样，即法官的内心确认是法官决策的内在根据，而法官决策则是其内心确认的外在表达。

此外，由于决策主体的不同，法官决策同样具有其自身的特性，下面笔者就通过对比的方式来直观的感受它的不同之处。

（一）法官决策与行政决策

在现代国家中，司法权和行政权相互独立、各司其职，由于它们的功能、宗旨以及所追求的价值不同，所以使法官决策和行政决策也具有了以下截然不同的特性：

1. 价值取向不同

由于行政权所追求的首要目标是及时、迅速和效率，所以行政决策的做出就要求越快越好，有时为了追求及时性甚至以牺牲公正性为代价。而法官决策恰恰相反，公平、公正是其最高的价值追求，之所以将其放在价值取向的第一位，正是因为司法作为公民权利的最后救济途径，必须要确保每个人在法律面前得到最公正的对待，从而维护社会秩序的威严和稳定。

2. 决策者的立场、态度不同

在行政决策中，特别强调决策的积极性和主动性，这是因为行政决策是行政机关单方的管理行为，所以积极主动是其应有之义。而法官决策由于要保持其中立的立场，故而其决策行为应当且必须是被动的，这是其中立性的必然要求。

3. 程序性要求不同

由于行政决策行为是政府及行政部门行使管理权的职务行为，虽然也要求要依法行政和依程序行政，但相对司法程序来说还是不够严苛。法官决策行为在价值理念上更注重对参与者程序性权利的保障，这是由于其决策行为的根本宗旨在于对犯罪行为的惩治和权利的救济，在当事人之间的对抗中和保持决策者的中立性上程序的重要性不言而喻。因此，相比之下，法官决策程序比行政决策程序更为严苛、慎重和严谨。

4. 决策权的独立性不同

“司法独立”作为司法审判中的一项基本原则，是法院裁判权威性与中立性的保障。法院在行使审判职能时，是不受其他国家机关和人员的干涉的，这里需要明确的是，司法独立不仅是指不受法院系统外部的干涉，法院上下级之间也互不干预。同时，法官在审理每一个具体的案件时也是独立的。在案件的决策过程中，法官只对法律和自己的良心负责，不受领导以及同事的干预。而在行政过程中，由于上下级之间是领导与被领导的关系，其强调的是服从和贯彻，所以一般的行政决策行为更多的体现的是上级或领导的意志。而在法官决策中，即便决策结果最终是以合议庭的名义作出，但在合议庭内部法官都享有自己单独的决策权，任何一个法官都不得使其他法官屈服于自己的决策。从表面上看，法官的决策权看上去像是一座座相互隔离开来的“孤岛”。¹⁵

5. 决策结果的可变性和权威性不同

司法行为作为调整社会关系的最后和终极手段，其理所应当享有比行政行为更高的稳定性和权威性。有鉴于此，法官决策的结果往往更需要稳定持续，而行政的决策结果根据形势需要不仅可以及时、灵活的调整，而且本身还可以通过法律途径予以改变。譬如，对于行政处罚的结果，当事人可以提起行政复议，最终也可以通过行政诉讼加以解决。可是法官的决策结果一旦获得确定，那将产生不允许轻易改变的效力。

6. 专业知识和技能上要求不同

一般而言，在现代法治国家，法官的身份和专业知识等资格的要求也要比行政官员严格的多。¹⁶就法官的任职资格来说，通常都要求须有专业的法律知识教育背景和通过严格的资格考试，但行政官员却没有这种要求。¹⁷

¹³ 龙宗智：《印证与自由心证：我国刑事诉讼证明模式》，载《法学研究》2004年第2期，第70页。

¹⁴ 钱卫清：《法官决策论》，北京大学出版社2008年版，第4页。

¹⁵ 钱卫清：《法官决策论》，北京大学出版社2008年版，第6页。

¹⁶ 法官在资格上比一般行政官员更为严格，在身份上获得更多的保障，几乎是宪制国家的通例。但在我国实践中，这一特征体现的还是不够明显，而形成这种局面应当说与“我国法官职业化改革进程缓慢”和“法官管理行政化”等因素密切相关。不过，随着《中华人民共和国法官法》在实践中的贯彻以及“国家统一司法考试制度”的推广，可以期待在不久的将来可以改变这种状况。此外，尽管我们有法官法，但实际上我国的法官在身份上并没有获得法律上的保障。

¹⁷ 耐人寻味的是，对法官有资格考试，政治家却没有。

另外，从拥有的实际力量来说，法院不会像行政那样有暴力作为后盾，法院从来都是靠理性的力量来获得统治的。对此，美国建国先驱汉密尔顿有着相当精要的描述：“大凡认真考虑权力分配方案者必可察觉，在分权的政府中，司法部门的任务性质决定该部门对宪法授予的政治危害最寡，因其具备的干扰与害能最小。行政部门不仅具有荣誉、地位的分配权，而且执掌社会的武力。立法机关不仅掌握财权，且制定公民权利义务的准则。与此相反，司法部门既无军权、又无财权，不能支配社会的力量与财富，不能采取任何主动的行动。故可正确断言：司法部门既无强制、又无意志，而只有判断；而且为实施其判断亦需借助于行政部门的力量。”¹⁸

（二）法官决策与商业决策

所谓商业决策，主要是指在市场经济条件下，以盈利为目的的各种商业主体为谋求自身利益最大化而作出的行为反应。与法官决策相比，这两者之间无疑有着质的区别，毕竟法官决策行使的是公共权力，而商业决策则是私主体为追求利益所作出的种种行为。

1. 性质不同

由于决策的目的不同，从而使两种决策的性质有了质的不同。商业决策的根本目的基本上都是为了谋求经济利益，在其决策的过程中，通常都是将效率放在第一位的。而法官决策恰恰与之相反，其过程是绝对不能与经济利益有任何关联的，它的宗旨就是为了法律至高无上的威严，所以只能以追求公平、正义作为其首要目标。

2. 行为特点不同

商业决策的产生源于企业应对竞争激烈的市场活动，因而在面对瞬息万变的市场竞争，想要抓住转瞬即逝的商机，其决策结果就不能太追求稳定性。在很多情况下，商业决策都往往带有一些投机性和冒险性，这也是商场中“风险与利益同在”规则所决定的。而法官决策体现的是国家法律的权威，保守性可以说是法官决策的首要品格。由于法官决策的对象涉及的都是人的财产、自由甚至是生命，因此法官在决策过程中必须抱以最谨慎的态度，严格依照法律作出最为稳妥的决策结果，绝不能有丝毫投机、冒险的行为，否则法律的稳定性和权威性将会受到严重打击。

3. 对决策的态度不同

由于企业的生存价值和市场竞争的激烈性，决定了商业决策的主体需要积极的“入世”，探寻各种市场信息，发展各种有利于自身的关系网。而法官决策的一个基本要求就是独立决策，法官作为中立的裁判者，只能依据法律和事实作出决策。为了保证决策结果的公正性，就必须要保持法官的中立性，因此在决策过程中其应当抱有一种消极的“出世”心态，远离社会的喧嚣，避免人情世故。在面对每一个案件时，法官在开庭审判前应尽量避免形成先入为主的想法，唯有如此法官作出的决策才可以称之为真正意义上的依“法”裁判。

（三）法官决策与法院决策

法官决策与法院决策，就主体而言，体现了一种类似于个体与集合的关系。宪法规定的司法审判权主体是法院，但司法裁判是依托于作为个体意义的人（法官）的主观活动，因此司法审判权最终是要落脚于作为个体的法官身上。由此可见，法官的决策活动构成了法院在行使司法审判职能上的决策。不过就其对外关系而言，法院的裁判尽管实际上是法官个体决策的结果，但毕竟该决策是以法院的名义作出的，从这个意义来说法官的决策也被认为是法院的决策。即便如此，也并不意味着可以将两者简单的等同，他们之间还是有显著区别的。

1. 决策的性质不同

法院的决策既可以是对具体的个案（如审委会讨论重大疑难案件），也可以是针对一般性规定进行解释（如司法解释），此种司法解释是法官必须遵循的有约束力的法律渊源，而法官的决策只能是对其审理的案件，对于其他法官是没有约束力的。¹⁹

2. 决策对象的范畴不同

虽然法院系统的基本职责是完成国家赋予它的司法审判功能，但其作为一个国家机关，除了基本的司法审判事务外，还会有法院的内部事务管理。因此，总的来说，法院决策的对象包括了司法审判事务以及行政管理事务，而法官的决策活动仅限于司法审判领域之内。

综上所述，法官决策有其自身所特有的一系列特性。其作为一种司法决策类型，一些内在的规律和决策理论需要我们从应然的角度去探讨。同时，我们也更需要从实然的角度了解我国现行法官决策中存在的问题，对比和衡量与法治国家的差距，这对构建我国合理的法官决策体系无疑是有益的。

第二节 法官决策之主体

近代以来，审判权一般都有专门的国家机关（法院）在其主权领域内统一行使，在具体的行使过程中，审判权也完成了从抽象到具体的转化。同样，法院作为抽象审判权的行使主体也需要在个案实践中得以具体的体现。那么，在具体案件的审理中究竟都有哪些人来行使具体的裁量权，即哪些主体成为了案件的实际决策者呢？本节笔者就针对此问题来展开论述。另外，需要明确的是：本节所说的法官决策主体并非仅指法官，也包括作为共同决策者的审判群体，否则“法官决策主体”这一提法就会在逻辑上有自相矛盾之虞。换言之，也就是如果法官决策主体仅指法官，那么“主体”一词的存在就变得毫无意义。其实，此处

¹⁸ [美]汉密尔顿等：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆1980年版，第391页。

¹⁹ 在判例法国家，可能有所不同，法官作出的先例判决对其后及其下级的法官是有约束力的，但这种约束力与法院决策的约束力相比，还是很有限的。

如果用“司法决策主体”或“诉讼决策主体”来表述似乎更不易产生歧义，但笔者为了本文论述的体系性，还是选择了法官决策之主体这一说法。

一、独任制

我国《人民法院组织法》明确规定，独任制是一种法定的人民法院审判组织形式。我国《刑事诉讼法》第二百零八条规定：基层人民法院管辖的案件，符合下列条件的，可以适用简易程序审判：（一）案件事实清楚、证据充分的；（二）被告人承认自己所犯罪行，对指控的犯罪事实没有异议的；（三）被告人对适用简易程序没有异议的。还有第二百一十条也规定：适用简易程序审理的案件，对可能判处三年有期徒刑以下刑罚的，可以组成合议庭进行审判，也可以由审判员一人独任审判；对可能判处的有期徒刑超过三年的，应当组成合议庭进行审判。同时，我国《民事诉讼法》也规定，独任制只适用于第一审人民法院审理简单的民事案件，具体来说，只有基层人民法院及其派出法庭按程序审理的简单的民事案件，才适用独任制。从以上的法律规定，我们可以看出：

（一）独任制是一种法定的、规范的决策主体形式

这一规则与国际上的通行惯例是一致的。不过，由于司法审判的慎重性的要求，所以一个稳妥的法官决策应当避免个体决策，采用群体决策的方式。但是世界各国均存在一个不争的事实：有限的司法资源与无限增长的纠纷之间的矛盾。有鉴于此，各国司法改革推行的重要举措之一就是推行一套有别于普通程序的简单程序。譬如，我国的简易程序、日本的小额程序以及美、德等国的简易程序。在这种简易化的程序中，由于案件事实清楚、证据充分，社会危害相对较小，所以在决策主体的选择上，亦可采用独任制的形式。

（二）独任制是一种例外存在的决策主体形式

这主要体现在一下两个方面：首先，依据我国刑事诉讼法和民事诉讼法的规定，独任制的适用是有严格限制的，即仅限于基层人民法院审理的简单的刑事和民事案件，第二审中是不能适用独任制的。这便意味着，即使是采用独任制的第一审，如果被告人不同意或当事人提起上诉，那么在程序上还是可以获得合议庭审判的保障。其次，简易程序的适用前提是案件性质争议不大、社会危害轻微，因此在审理过程中，如果发现案件事实不清、性质争议较大的情况是需要转为普通程序由合议庭进行决策。由此可见，简易程序只是一种旨在提高审判效率的非常规程序，独任制同样也是一种非常规的决策主体形式。从程序保障的角度来讲这种形式是不充分的，只是在提高审判效率的要求下所作出的有限变通，但这种变通并非是以牺牲公平为代价的，而是在有制度保障的前提下有效利用司法资源的一种方式而已，因此其适用条件就显得尤为重要。²⁰

二、合议制

（一）现状分析

我国《人民法院组织法》明确规定，合议制是我国的一项基本诉讼制度。此外，我国《刑事诉讼法》第一百七十八条规定：“基层人民法院、中级人民法院审判第一审案件，应当由审判员或者由审判员和人民陪审员共三人组成合议庭进行，但是基层人民法院适用简易程序的案件可以由审判员一人独任审判。高级人民法院、最高人民法院审判第一审案件，应当由审判员三人至七人或者由审判员和人民陪审员共三人至七人组成合议庭进行。人民法院审判上诉和抗诉案件，由审判员三人至五人组成合议庭进行。合议庭的组成人数应当是单数。”同时，我国《民事诉讼法》也明确规定，除了适用独任审判外的案件一律由合议庭进行审理。由此确立了我国审判活动中最主要的法定主体——合议庭。

根据以上法律的相关规定可知，不同审级合议庭的组成法律上有着不同的规定。具体而言，人民法院审理的第一审刑事案件，应当由审判员单独组成合议庭或者由审判员和人民陪审员共同组成，其人数必须是单数。由此可见，合议庭的组成有两种形式：一种是全部由审判员组成的合议庭；另一种是由审判员和人民陪审员共同组成的，在这其中，既可以是审判员占多数也可以是人民陪审员占多数，陪审员在法院参与审判期间，是审判具体刑事案件合议庭的组成人员，在合议庭内部其与审判员享有同等的权利，既包括事实认定方面的也包括法律适用方面的。关于合议庭的人数而言，从目前的司法实践来看，多数情况下是三人，其中至少有一名是审判员，并且必须由审判员担任审判长。

相对于第一审程序的合议庭而言，第二审的合议庭最主要的区别就在于人民陪审员不可以参与审理，而第一审是可以吸收陪审员与审判员共同组成合议庭的。关于再审程序的合议庭组成，我国《刑事诉讼法》第二百四十五条规定：人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，由原审人民法院审理的，应当另行组成合议庭进行。如果原来是第一审案件，应当按照第一审程序进行审判，所作的判决、裁定可以上诉、抗诉；如果原来是第二审的案件，或者是上级人民法院提审的案件，应当依照第二审程序进行审判，所作的判决、裁定，是终审的判决、裁定。可见再审程序合议庭的组成，取决于原审程序。²¹

（二）实际运作中所存在的问题

在规范层面，虽然我国的法律明确规定了合议庭制度，但其在实际的运作中却并不尽如人意。下面就通过对比以上有关合议制的法律规定，从实际角度阐述一下实践中合议制究竟存在哪些方面的问题。

1. 承办法官制度导致合议制名存实亡

所谓承办法官制度，是指对于某一个案件的审理，只由在合议庭中的某一个法官来具体负责案件的审判工作，包括对案件的庭前审查、庭前证据和诉讼资料的交换以及在审判过程中的实质审理等等。²²可以说，

²⁰ 参见钱卫清：《法官决策论》，北京大学出版社2008年版，第20页。

²¹ 需要注意的是，此处有一个例外情况，即按照第一审程序再审案件，不能再适用独任制，必须组成合议庭进行审理。

²² 钱卫清：《法官决策论》，北京大学出版社2008年版，第22页。

我国法院正在推行的承办法官制度构成了合议制最大的障碍。虽然这一制度有由一名法官专人负责，一抓到底，有利于提高审判效率的优点，但其存在一个很大的弊端，那就是在承办法官制度下，承办法官往往取代了合议庭，使合议制流为形式。所以，我们在实践中常常会看到这样的情景：在审判过程中，基本上是承办法官在进行询问，另外两名审判人员因不承办该案件而显得无所用心，缺乏对案件应有的关注；在案件合议时，对承办法官的意见另外两名决策者往往也是随声附和。在这一制度下，由于另外两名决策者对案件的审理没有实质的责任，所以其必然不会积极主动的行使自己的决策权。可见，承办法官制度的推行已经严重危及到合议制的实质内容，使合议制沦为了一种变相的独任制，其因此也变得名存实亡。

2. 陪审制的“半死不活”状态在一定程度上削弱了合议制的作用

从严格意义上讲，我国的陪审制度其实属于一种参审制。与英美法系的陪审制相比，其最大的区别就在于法官与陪审员之间是否有具体的分工。在英美法系国家，法官与陪审员各自有其具体的分工，法官主要负责法律的具体适用和对整个诉讼程序的控制，陪审员则享有对案件事实认定的专属权。而我国的陪审制则恰恰相反，法官与陪审员在审判中具有同等的地位，无论在法律的适用上还是事实的认定方面，他们拥有同等的权力。

目前，虽然陪审制在我国是诉讼法的一项基本制度，但其实际所取得的效果却不容乐观，基本上处于一种“半死不活”的状态。对此，笔者认为，这与大陆法系的司法运作模式不兼容有关。由于大陆法系的司法活动是属于“专业化、精英化”的活动，不是法律“门外汉”可以轻易胜任的，所以其法律制度都是在“专业化、精英化”的预设下设定的，这种高度抽象化的法律规则不是面向普通的公众，而是针对受过专业化训练的法官。正是由于这个原因，德、日等大陆法系国家虽然曾经制定过陪审制度，但最终因其无法融合于整个固有的司法体制和模式而难逃被废止的命运。不过，在英美法系的传统中，强调的是司法的“平民化”，其主要体现在法律制度上：一方面它的实体法基本都蕴涵在具体的判例之中，并且有着非常完善的证据规则；另一方面，陪审制经历了十几个世纪的发展已相当成熟，并且陪审团的职能仅仅是负责事实的认定，根本不参与技术性较强的法律适用工作。另外，陪审制的有效实施更重要的是有一个与之相配套的诉讼制度，像对抗制就是其中之一。英美法有一个重要理念：通过当事人（律师）充分的对抗使案件真实呈现在法律门外汉的陪审团面前。可见，陪审制的确立是需要适合的运行环境和制度支持的，如果没有制度的支持，那么陪审制也将是空中楼阁。相比较英美法系的法律体制，由于我国司法制度缺乏适合陪审制生长的土壤，因此其在实施过程中难免会力不从心，更多的时候也只是具有象征性的意义。申言之，该制度更像是实现一种政治意义上的而非是法律意义上的使命。

3. 简易程序的过度适用导致合议制和独任制的地位本末倒置

如前所述，合议庭是法官决策的原则性主体，而独任制则是作为一种例外而存在的。但现实情况是，由于案件的数量日益增多，基层法院的资源有限，从而导致人民法院大量的适用简易程序，以至于在一些基层法院独任制审判成了一审案件的主要审判形式，合议庭审判反而在数量上成了“非主流”的审判方式。这一做法显然是有违了立法者的初衷，使合议制和独任制的地位本末倒置。根据我国《刑事诉讼法》第二百零八条规定：基层人民法院管辖的案件，符合下列条件的，可以适用简易程序审判：（一）案件事实清楚、证据充分的；（二）被告人承认自己所犯罪行，对指控的犯罪事实没有异议的；（三）被告人对适用简易程序没有异议的。另外，在满足以上几个条件的同时，还必须符合社会危害不大（即可能判处三年以下有期徒刑）这一要件方可对其适用简易程序。由此可见，简易程序的适用范围是极其严格的，且司法实践中同时符合以上条件的案件是很少的。但尽管如此，基层法院在实际操作中往往并不严格这一规定，任意扩大简易程序适用的范畴。

当然，产生这一问题的根本原因是日益增长的案件与司法资源相对不足之间的矛盾，而简易程序恰恰满足了这方面的需要。即便如此，基层法院这种过度适用简易程序的做法无疑是欠妥的，这与“构建正当程序，强化程序保障”的司法改革趋势是背道而驰的。相对于合议制而言，虽然独任制可以提高效率，节省人力，但从法官决策的审慎性来看，由于简易程序的程序性相对随意，其对法官的制约也相对减弱。这些都或许使法官得到了一定的解放，不过一旦比较复杂的案件也采用这种方式，可能对被告来说是不利的，实有牺牲公正以换取效率之嫌。

三、审判委员会

审判委员会也是我国法定的审判主体，《人民法院组织法》明确规定，独任庭、合议庭及审判委员会是人民法院的审判组织。同时，我国《刑事诉讼法》第一百八十条也明确规定：对于疑难、复杂、重大的案件，合议庭认为难以作出决定的，由合议庭提请院长决定提交审判委员会讨论决定。审判委员会的决定合议庭应当执行。不过，关于审判委员会的存废一直是法学理论界争论的一个焦点问题。那么我们应当如何正确看待这一制度呢？笔者拟通过其优缺点来对此制度进行一对比分析。

（一）审判委员会的积极作用

审判委员会作为法院内部的最高审判组织，其担负着对重大、复杂、疑难案件的研讨，对审判工作经验教训的总结以及对其他相关事宜指导的重任。审判委员会制度自设立以来，在人民法院的审判过程中确实发挥过积极、重要的作用。

1. 审判委员会有利于提高法官素质，提高审判质量

在具体的案件审理中，法官即便形成了对案件审理的初步决策意见，仍有可能不被审委会采纳；即使案件已经审结，决策结果也已生效，同样也有可能被审委会通过审判监督程序予以改判。这就无形地监督、约束了法官尽量不轻易、盲目地作出决策。理论上，法官只有努力的钻研业务知识，不断提高自身的理论水平和业务素质，才能作出正确的决策，提出合乎法律要求的处理意见；法官也只有严格的依法办

案，其意见才有可能被审委会采纳。因此从客观上来讲，审判委员会的存在是有助于提高法官的素质，从而保证案件得到公正的审判。

2. 审判委员会有利于集中司法智慧，保证审判质量

审判委员会制度是具有中国特色的审判制度，资本主义国家没有，其他社会主义国家也没有，它是新中国几十年审判经验的总结和在审判活动中不断探索的结晶。在审判委员会内部，实行民主集中制原则，少数服从多数以形成决议。这既有利于集中审委会每一位委员的司法智慧，集思广益，形成集体的决议；又有利于调动审委会成员的积极性，使每一位委员都可以积极的参与到案件的讨论中，各抒己见，充分发表自己的意见和看法。由此可见，审判委员会不但可以集思广益，发挥个人的主观能动性，还克服了个体既有的局限性，从而依靠集体的力量作出正确的决策。

3. 审判委员会有利于排除外在干预和审判独立

法官在审判工作中，也会经常面对生活中方方面面的压力。首先作为一个社会人而存在的法官，也有自己的熟人和朋友，也处在各种不同的社会关系之中。尤其是对于基层法院的法官而言，他们总难免与当地的某些人存在着亲戚关系、朋友关系或者是同事关系，法官与社会之间并没有一个可以确保他们不受社会干扰的“隔离带”。此时，审委会的存在无疑会减轻或分担法官所面临的一些窘境和压力。当法官承受不了这些外部压力的时候，其可借助这一机制交由审判委员会来定夺，以此减轻自己的责任负荷。社会学表明：个人腐败的可能性远远高于集体腐败的可能性。从这个意义上来看，审判委员会制度无疑是可以更好的实现审判独立。

（二）现行审判委员会制度存在的问题

审判委员会自设立至今，虽然在上述几个方面起到过积极的作用，但随着审判方式改革的深化，审判长和独任审判员的选任，合议庭作用的有效发挥，现行审委会的弊端也日趋明显，其主要表现为：

1. 审判委员会制度与司法独立的要求相悖

司法权作为惩罚犯罪和裁决私人诉争的权力，其存在应当是超然的、独立的。如果司法权不能同行政权和立法权相分离，那么司法独立根本就无从谈起。不过从我国的司法实践来看，审委会的运作一直是按行政方式来管理审判组织和案件的，虽然审委会并不直接参与法庭审判，但却掌握着实际的审判职能，审委会对于重大、疑难案件的决定，合议庭应当执行。由于院长司法职权的行政化，使得审委会决定案件的权力成为了院长决定案件权力的外在表现，审委会自身的职能大为走样。现实中，法院院长在遇到重大疑难案件时，往往以注意办案的社会效果为由，主动地把案件提交给上级有关部门或领导征求意见，然后将其强加于审判委员会。可见，审委会不但不能帮助法官抵御外界的干扰，反而成为了行政权等外部权力入侵司法权的一条便捷、隐秘的通道。此外，审委会的存在也使得合议庭和独任审判流于形式，法官独立决策更是遥不可及。

2. 审判委员会制度与司法公正的要求相悖

司法公正分为实体公正和程序公正，实体公正是程序公正的直接体现，而程序公正则是实现实体公正的保障。但审判委员会制度在案件的决策过程中严重违反了程序法的有关规定：首先，它违反了审判公开的原则。如我国《刑事诉讼法》第一百八十三条规定：“人民法院审判的第一审案件应当公开进行。但是有关国家秘密或者个人隐私的案件，不公开审理；涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理。”所以，除休庭评议外，应当把法庭审理的全过程公之于众，并且还应该将审理案件的人员予以公开，以利于社会监督、防止腐败。恰恰相反，审委会对案件的讨论是不公开的，除了审委会成员、汇报人和记录人，其他人是不准进入会议室的。另外，审委会的成员也是不公开的，具体案件中由哪些委员参与，一般都不予公开，当事人也无权参与，是典型的“暗箱操作”。其次，它违反了直接言辞原则。直接言辞原则也叫直接审判原则，是指凡参与案件决策的法官必须亲自投身于案件的庭审之中，直接听取当事人、证人和其他诉讼参与人的陈述、言辞辩论，耳闻目睹当事人双方的举证、质证活动，掌握第一手的材料，没有直接参与庭审的法官不得对案件的判决发表意见。²³但审委会决策案件，通常不亲自去阅卷，也没有听取当事人的举证、质证，对认定事实的证据也不是从法庭上直接获得的，而主要是通过听取汇报，在法庭之外进行认证，这显然与直接言辞原则的要求是相违背的。

3. 审判委员会制度还违背了回避制度

申请回避是当事人的一项基本诉讼权利，也是案件得以公正裁判的必要条件之一。由于司法从业人员跟普通人一样生活在这个社会中，不可能也无必要脱离各种人际关系。尽管他们与社会保持着千丝万缕的关系，但回避制度的设立同样可以保持司法工作人员不偏不倚的中立地位。同时，我国三大诉讼法也都有明确，案件的当事人有权申请与案件有利害关系或与案件当事人有特别关系的司法人员回避。但是，审判委员会讨论案件是不定期、不公开进行的，何时、何地、都有哪些人参加讨论，当事人及诉讼参与人根本不知道，并且对于审委会成员的回避问题，我国法律没有任何规定，所以根本就无法对审委会成员提出回避申请。还有，我国诉讼法明确规定：对于上级法院发回重审的案件、按照审判监督程序再审的案件应当另行组成合议庭审理。这其实是对重审和再审案件所规定的一项特殊的回避制度。试想，如果该案件是经过审委会讨论决策的，那么在重审或再审时，同一法院可能会再另行组成审委会去审理吗？这显然是不可能的，所以即使面对误判或错判，审委会成员也很难改变其先入为主的观念，这就使得审判监督程序成为了“换汤不换药”的形式。

²³ 钱卫清：《法官决策论》，北京大学出版社2008年版，第28页。

4. 审判委员会制度有碍于司法效率

市场经济需要追求效率已达到对社会资源合理而高效的配置，司法同样存在一个投入与产出的比例关系，是否能够快速、合法的作出决策，直接影响着“公平、正义”的实现，毕竟“迟来的正义就是非正义”。司法效率作为现代司法一个重要的价值追求，需要我们以尽量少的投入能够实现最良好的法律效果，充分发挥司法的社会功能。但是，对于审委会讨论的“重大、疑难、复杂”的案件，由于我国法律对其没有做出明确的界定，以致于大量的所谓“重大、复杂、疑难”的案件被提交至审判委员会。尤其是在实行错案追究制以后，各级法院对错案的判断标准不一致，且有范围扩大、层层加重的倾向，由此给法官带来了很大的压力，这使得审委会本来已经逐渐减少的案件突然发生了逆转。为了逃避责任，一些法官一旦遇到有点疑问或新型的案件，就将案件提交至审委会讨论决策之。由于案件进入审委会相对随意，所以合议庭或独任庭往往不能对案件作出最终、独立的决策，造成了“审”与“判”的分离，无形中降低了诉讼效率。此外，再加之审委会自身的运行方式存在巨大的缺陷，启动审委会讨论程序的时间不确定，在司法实践中往往就会出现这种情况：当需要讨论的案件积压到一定数量，且审委会各成员都有充分的时间时才会启动审委会讨论，以至于法院到年终时经常会出现所谓的“突击、会战”。这种情况下，不仅不能保障司法公正，而且也大大降低了司法效率。

5. 审判委员会委员资格确认不尽合理

审判委员会担任的是神圣的审判职责，应当由符合审委会自身特点和职责要求的人员来组成，但现行的审委会则沿袭了行政管理机制的模式，其成员基本上是由院长、副院长、庭长及相关部门的负责人组成。可见，审委会的构成主要是看是否具有相应的领导职务，而很少考虑其业务素质和专业背景。委员的身份成为了一种政治待遇，而不是精英中的精英、唯才是用的标志。更严重的是，由于是依职权论资排辈，且取得的资格一般都是终身“享用”的，除非是调出或退休，因此，这些委员会往往是学历偏低，年龄偏大，专业知识和理论水平相对薄弱，如果仅依靠经验办案，恐怕难以适应飞速发展的新形势的需要。

论及至此，审委会存在的合理性已基本丧失殆尽。但支持者却总是会拿出其最后一件武器——审委会有利于总结审判经验。不过从实践中看，恐怕这一点也难以立足，审委会并没有真正担负起总结审判经验的责任。长期以来，受行政管理模式的影响，委员们往往只是“勤于政务”而荒废了更为重要的“法务”，不能够认真、系统地总结成功的经验以及应当汲取的教训。有的审委会虽然确定了总结经验计划，但在具体的工作中，由于疏忽、重视不足，往往没有留意实践，总结经验也就成了纸上谈兵，而有些委员虽人情有加却力有未逮，难堪重任。因此，久而久之，审委会也只习惯于个案指导，很难对审判经验作出有效总结，使得审判委员会的职能无法得以充分发挥。

四、对于改革和完善我国法官决策主体制度的几点思考

综上所述，由于我国目前的法官决策主体制度存在着诸多不足，需要有针对性的从制度上加以改革和完善，笔者认为，应重点从以下几个方面着手：

（一）依法严格限制独任制的适用范围

严格依照我国现行法律规定，禁止以各种理由人为的、变相扩大独任制适用的范围，强化法院在程序保障方面的观念和意识。

（二）强化合议制的实施效果

想要将合议制落实到审判的实质层面，有必要缩小乃至取消陪审制度的适用。不过，影响合议制发挥作用的障碍，究其根源，还是法院的行政化运作模式以及作为其支撑的一系列制度。因此，影响我国法官决策主体制度发展的核心问题，就是如何对以审判委员会制度为中心的一系列制度的改革和完善。²⁴

（三）重塑审判委员会制度

虽然废除审判委员会制度是一个必然趋势，但就我国目前的现状而言，想要彻底取消审判委员会制度还不是很现实，这需要一个漫长的过程。因此，当务之急是应当考虑如何在现行制度下规范审委会的运行以及其成员观念上的转变。

1. 进一步缩小审委会讨论案件的范围

根据最高人民法院的司法解释，以下合议庭难以作出决定的重大、疑难、复杂的刑事案件，提请院长决定提交审委会讨论决定：（1）拟判处死刑的；（2）合议庭成员意见有重大分歧的；（3）检察院抗诉的；

（4）在社会上有较大影响的；（5）其他需要由审委会讨论决定的。可见，这个“其他需要由审委会讨论决定的案件”是一个模糊而又有弹性的规定，对此在审判实践中不仅不能扩大适用，而是应尽量缩小其适用范围，这样才能尽量避免因审委会自身缺陷而带来的对决策结果合理性的影响。

2. 公开并严格执行审委会讨论个案的规程

考虑到审委会在现实中已成为法官决策的主体，所以法律应当给予更加明确的规定，让公众知晓。在具体的执行中，凡是提交讨论的案件应由院长或分管副院长严格把关，否则不予进入审委会讨论。委员们在受到审理报告后，应认真对待，做好充分的准备。在对案件讨论时，应让合议庭成员列席，以补充承办人汇报中的不足或有意不汇报的内容；必要时还可以让一些审判骨干列席会议，听取他们的意见，但不赋予其对案件处理的表决权。彻底改变过去仅让案件所在庭庭长列席会议的现象，因为那种做法混淆了审判权和行政权的界限。²⁵

²⁴ 参见钱卫清：《法官决策论》，北京大学出版社2008年版，第37页。

²⁵ 参见钱卫清：《法官决策论》，北京大学出版社2008年版，第37页。

3. 审委会应高度重视审判经验的总结工作

审判委员会的工作重心之一就是总结审判经验，由此可见，审判经验的重要性不言而喻。因此，审委会必须要在思想和观念上足够重视对审判经验的总结，这样才不辱其身负的职责和使命。具体而言：“审委会应每年都确定总结经验的计划，并落实到每个委员，按不同的审判专业，每个委员或几个委员共同完成一定数量的具有针对性的经验总结。同时，注意学习、借鉴上级法院、兄弟法院先进的审判经验，取长补短，结合本院的实际提出改进意见。对不同类型的案件所总结出的审判规律以及应注意的问题，应予以归纳汇总，建章立制，真正发挥审委会应有的作用。”²⁶

（四）进一步强化合议庭和独任庭的作用

想要充分发挥合议庭和独任庭的作用，一个有效的做法就是选派办案效率高、理论功底好且正确率有保证的审判人员担任审判长和独任审判员，不同法院还可以根据其编人数和审判的工作量设置若干审判长和独任审判员的职位（人数以不超过全院总人数的五分之一为宜）。而他们主要的任务就是专心审理案件，撰写裁判文书，其他的工作由审判辅助人员处理即可。这样，既可以保证审判决策的质量，又可以提高审判的效率。

（五）建立健全有中国特色的判例制度，以便更好地统一司法尺度，保证案件审判的质量

在当代中国的法治建设中，既不应当割裂自己的历史文化传统，也不应该拒绝学习国外的先进经验，一切都应当按照规律行事，取长补短，才能进步。成文法和判例相结合的法律体系，符合立法、司法的客观规律，亦是世界各国法治发展的一个趋势。虽然我国最高人民法院在不断的公布案件并编制《最高人民法院案例选》以指导各级人民法院的审判工作，但现行法律并无明文规定判例制度，这对中国法治的现代化建设而言，无疑是一个巨大障碍。如果没有一个健全的判例制度作为成文法的辅助，很可能导致法官自由裁量权的扩大，也可能出现不同地区、不同法官对同类案件或相似案件作出相去甚远甚至是截然相反的决策。鉴于此，这就需要我们在坚持以成文法为主的同时，学习和借鉴先进的经验和制度，结合自身的情况，建立和完善具有中国特色的判例制度。以判例的典范性和即时性来弥补成文法由于过于抽象、原则而造成的模糊和滞后。

第三节 法官决策的原则

所谓法官决策的原则，是指法官在对诉讼案件的相关信息筛选、处理并最终形成裁决结果的过程中所应当遵循的基本准则。²⁷事实上，法官的决策是先从形成的模糊结论出发，再试图证实结论的过程，而不是从前提向结论的自然演进。再加之进入诉讼程序的案件繁简不一，既有疑难案件又有常规案件，所以仅遵循形式主义的“自动售货机”般的决策原则或现实主义的自由心证原则皆有其不足之处。因此，想要在纷繁复杂的案件中寻找普遍正义与个案公平的平衡，不仅需要一个好的外部保障系统，更重要的是应确立一个指导个案与符合民众需要的决策原则。

一、常规案件的决策原则

相似案件得到相似的裁判可以直观的体现司法公正，如果当事人对案件的决策结果可以有个大概的预判，那么大多数人将会选择和解，提高诉讼效率，节约诉讼成本。但公正却有一张普罗透斯的脸——变化无常，到处呈现出不同的形态，须通过个案裁决加以实现。正如波斯纳所言：“即便和解成本只比诉讼成本低一点，当事人都会选择和解……为什么不是所有的案件都和解呢？……双方当事人可能对诉讼潜在结果的预期可能并不一致。”²⁸成文的法律法规是经过大量实务与理论论证的有效规则，其对常规案件可以进行有效的适用。因此，对于此类案件而言，法官只须在有限的自由裁量权内坚守克制守旧和节制审慎的决策原则，即可实现效率与公正的和谐统一。

（一）克制守旧原则

在法治社会里，司法是维护社会公众权益的最后一道防线，而作为决策者的法官，想要对其作出有效而有益的调节，就必须保证法律的适用具有确定性和一致性——对个案的裁判应一以贯之。法官作为连接涉法行为和法律规范的纽带，其职责之一就是尽可能准确的阐述立法，竭力维护司法的公正，不得体现个人的价值选择和伦理倾向，更不能夹杂自己的个人情感，而应当坚持克制守旧的原则，遵循司法的逻辑。“守旧是司法实践的核心要旨”²⁹，法官通过后天的学习和实践，使其培养了“保护既得利益”的特定思维模式，他们其实是且应当是最保守的社会团体。司法裁决可以体现直接法律的权威性和稳定性，而司法公正和效率的关键就在于同样的案件能够获得同等的裁决，因此，法官在对案件的决策过程中不仅应考虑裁决的社会效果和利益分配，更应当确保决策结果的一致性。这种一致性不仅应当体现在个人所决策的案件中，还应当包括各级法院之间对相似案件决策结果的一致性。

（二）节制审慎原则

唯物辩证法认为：任何事物都是处在不断的变化之中，静止是相对的，运动才是永恒的。由此可见，任何事情只能是做到更好不可能做到最好。由于法律具有天然的张力，所以当审理个案时，话语式的法律规范仍可能会出现模糊性。特别是在现代社会中，随着经济、科技的高速发展，司法实践中也不断涌现出各种新型的诉讼。如四川老汉在状告黄宏的《杨白劳与黄世仁》一案中，该老汉认为：在《杨白劳与黄世仁》的小品中与历史明显不符，讨债的地主变成了孙子，而欠钱的杨白劳反倒成了大爷，这一改编让其

²⁶ 钱卫清：《法官决策论》，北京大学出版社2008年版，第38页。

²⁷ 参见蒋洁、钮敏：《试论法官决策的原则》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2010年第6期，第167页。

²⁸ [美]理查德·波斯纳：《联邦法院：挑战与改革》，邓海平译，中国政法大学出版社2002年版，第96页。

²⁹ 转引自蒋洁、钮敏：《试论法官决策的原则》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2010年第6期，第169页。

精神受到了极大伤害，所以诉请被告对其“良好心情权”的侵害进行赔偿。另外，像“悼念权”、“同居权”、“亲吻权”及“男性生育权”等等都相继出现在了诉讼之中，它们所涉及的权益往往处于现行法所涵摄的边缘。

以上这些案件、权利明显不同于常规的犯罪违法行为，这些原告在道德层面可能会处于一定优势，但司法应当适应经济发展与社会稳定的需要，尤其是对于刑法而言，必须严格遵循“罪刑法定原则”，谨慎适用。在社会公众的法律意识尚未健全以及社会、司法资源相对稀缺的情况下，此时并不具备保障这些“法外权利”的条件。超越公众法律意识和司法承载成本的裁决不仅容易引发群体反弹，还有可能因诉讼量急剧上升而造成大规模的司法混乱。正如“詹某因不慎掉入水中，一旁不通水性的柳某既不呼救也未施救。随后赶来的村民虽然下水救人，但詹某仍不幸身亡。尽管柳某的行为显示了其道德品质的低下，但法官绝不能以其自身良好的道德伦理观念为依据，要求没有职业义务和在先行行为的柳某承担救助的责任。”³⁰因此，在绝大多数案件的决策中，法官应当严格适用与解释现行法律的规定，遵循节制审慎的原则，有效回应民众在法律之外的需求。

二、疑难案件的决策原则

相对于常规案件而言，法官在疑难案件中的决策则是在秉持普遍正义的基础上不断的寻求个别正义，以期能够在此过程中构建一个“成本—效益”最大化的模型。正所谓“正义本益人群，是人类发展的重要助力”。³¹一般认为，个案正义的简单叠加即为普遍正义，法官所做的一切司法决策行为必然是符合个案公正的。但事实并非如此，立足于社会正义的决策并不能必然的推导出个别正义，“法律是针对大多数的，有时难免会出错...不能适应于一切事物，对于有些事情是不能绳之以法的，所以应该规定某些特殊条文”。³²不过，个案所出现的公正偏差会影响社会公众对法律的信任，催生一些纠纷解决的非法形式（如灰中介、讨债公司、黑市等），从而影响了国家的经济秩序和社会的稳定。因此，为了更好的协调民众与司法的关系，实现社会效果与司法效果的统一，需要建立一条在遵循普遍正义原则基础上来实现个别正义的绿色通道：首先，当面对疑难案件时，法官应在摒弃个人和群体私利的基础上，优先考虑先于法律规定而存在的不可侵犯之权利；然后，在成文法界限内依据法律的价值取向和现实需要，再结合先进的理论学说来践行想象重构原则和逻辑实证原则，充分发挥法官的自由裁量权，修正先例与革新习惯。³³

（一）想象重构原则

在面对复杂多变的社会万象，人定的法律总会有其滞后的一面，尤其是面对形形色色的个案时，法律的保护会显得更加苍白和无力。这就需要法官在维护群体利益与尊重司法权威之间、在规范自由裁量与严守法律界限之间，作出符合社会逻辑和司法逻辑的决策。此外，在适用法条时应结合时代的发展，充分考虑立法目的，依据想象重构原则，仔细揣摩案件，作出合理的决策。对于任何案件的决策结果，我们应尽可能地符合立法者的原意和初衷，起码不能违背立法的最初精神，这亦是“法律的尊严来自长期一丝不苟地遵循”的具体体现。当代法治社会最根本的法意就是公平与正义，法官的一切司法决策行为皆应予以秉承。

（二）逻辑实务原则

在逻辑实务的原则下，需要法官在决策过程中不仅仅拘泥于成文法的规定，还应当对社会演变的新趋势作出适当有效的回应。比如，美国联邦第二巡回法院就在格来福诉菲茨浦纸业公司案³⁴中曾确立了“雇佣者应残疾员工的要求，必须无条件为其提供必要便利”的原则。“2008年，就在该院审理布莱迪诉沃尔玛百货有限公司上诉案³⁵时，查实被告将患有大脑性麻痹的员工布莱迪调到收集购物手推车的岗位，导致其在工作中摔伤。三位主审法官都认为因布莱迪未向公司提出‘特殊便利’要求，所以不符合赔偿条件，但‘司法旨在维护社会民众的合法权益，结合发展中的普遍正义要求，保障不断变化的民生需求势为必要’，最终判决沃尔玛公司承担60万美元补偿性赔偿与30万美元惩罚性赔偿，并建设性的重述了《残疾人权益保障法》的‘平等就业机会原则’，‘即便残疾员工未提出要求，雇佣者仍应给予其必要的特殊便利’”。³⁶可见，“法院在寻求真相且只寻求真相的假定并不现实”。³⁷笔者认为：法官并非只能机械被动地适用法律，而应在法律规定的限度内合理的运用其手中的自由裁量权，兼顾司法适用的法律效果与社会效果。正如有学者指出：法官是人，不是机器，他应当运用正义之心，主动弥补法律的漏洞，以满足公众对于正义的期待，而不是对法律的文字进行机械的解读，僵化的文字更不能成为法官的“挡箭牌”。³⁸

综上所述，我们的社会正变得越来越复杂，而法律的适用并非简单的对号入座，需要在充满荆棘和迷途的丛林中寻找妥当的解决之道，这无疑对法官提出了更高的要求，需要其综合运用法律、经验、价值、情理、方法、勇气和良知等多种因素，以使自己的推理和决策结果不仅符合法律的形式，更应当符合法律的目的和精神。我们既要继承和借鉴历史留给我们的精华，同时又要新的历史条件下对新的问题作出新的回应。

³⁰ 参见蒋洁、钮敏：《试论法官决策的原则》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2010年第6期，第169页。

³¹ 转引自蒋洁、钮敏：《试论法官决策的原则》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2010年第6期，第170页。

³² [古希腊]亚里士多德：《尼各马可伦理学》，廖申白译，商务印书馆2003年版，第65页。

³³ 参见蒋洁、钮敏：《试论法官决策的原则》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2010年第6期，第170页。

³⁴ *Graves v. Finch Pruyn & Co*, 457 F. 3d 181, 2d Cir, 2006.

³⁵ *Brady v. Wal-Mart Stores Inc*, 06 -5486 -cv.

³⁶ 参见蒋洁、钮敏：《试论法官决策的原则》，载《西北大学学报（哲学社会科学版）》2010年第6期，第170页。

³⁷ *Mirjan R. Damaska*. *The Face of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process* [M]. MA: Yale University Press, 1991.

³⁸ 参见罗翔：《许霆案：法官其实有权灵活纠偏》，载《法制日报》2008年1月10日。

参考文献:

1. [古希腊]亚里士多德:《尼各马可伦理学》,廖申白译,商务印书馆2003年版。
2. 钱卫清:《法官决策论》,北京大学出版社2008年版。
3. [美]理查德·波斯纳:《联邦法院:挑战与改革》,邓海平译,中国政法大学出版社2002年版。
4. [美]汉密尔顿等:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版。
5. [美]雷德·海斯蒂、罗宾·道斯:《不确定世界的理性选择——判断与决策心理学(第2版)》,谢晓非、李纾等译,人民邮电出版社2013年版。
6. [美]劳伦斯·鲍姆:《法官的裁判之道——以社会心理学视角探析》,李国庆译,北京大学出版社2014年版。
7. [美]理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版。
8. [美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,上海三联书店2008年版。
9. [美]罗纳德·德沃金:《原则问题》,张国清译,江苏人民出版社2012年版。
10. 赵秉志主编:《中国疑难刑事名案法理研究(第四卷)》,北京大学出版社2008年版。
11. 乐国安主编:《法理心理学》,华东师范大学出版社2003年版。
12. 龙宗智:《印证与自由心证:我国刑事诉讼证明模式》,载《法学研究》2004年第2期。
13. 蒋洁、钮敏:《试论法官决策的原则》,载《西北大学学报(哲学社会科学版)》2010年第6期。
14. 罗翔:《许霆案:法官其实有权灵活纠偏》,载《法制日报》2008年1月10日。

“一带一路”背景下中俄司法合作体系的构建

Построение китайско-российской системы судебного сотрудничества на фоне проекта «Один пояс — один путь»

Development of a China-Russian Judicial Cooperation System in the Context of “One Belt, One Road” Initiative

王佳慧¹

pangdongmei71@163.com

Ван Цзяхуэй²

доцент Юридического института Хэйлунцзянского университета, доктор юридических наук, научный сотрудник Научно-исследовательского института евразийского развития Хэйлунцзянского университета, Китайско-российского центра сравнительного правоведения Хэнаньского университета, Центра исследования российских правовых вопросов Юридического института Хэйлунцзянского университета

Wan Gija Hui,

Associate Professor, Law School, Heilongjiang University,
Doctor of Law, Researcher, the Research Institute for Eurasian Development of Heilongjiang University,
the China-Russian Center for Comparative Law of Henan University,
the Center for Russian Legal Issues of the Law School of Heilongjiang University

© Ван Цзяхуэй, 2020

内容提要: 国际司法合作是双边以及多边合作深化发展的必然要求, 是建立争端解决机制的客观需要, 是推动区域合作法治化的内在要求, 是维护参与主体权益的重要途径。受主权因素的制约, 现有多边、双边机制的限制和有效合作机制的缺乏, “一带一路”背景下开展中俄司法合作还面临着现实困境。当前, “一带一路”倡议已进入实质性合作和深入推进阶段, 迫切要求建立健全服务并保障“一带一路”各项建设顺利进行的国际司法合作机制。“一带一路”国际司法合作体系可以从健全完善司法协助合作机制、建立健全“一带一路”争端解决机制、健全完善司法合作交流机制和充分发挥司法合作中央机关或主管机关负责制作用等几个方面进行构建。

关键词: “一带一路”; 中国; 俄罗斯; 司法合作; 体系

Аннотация. Международное судебное сотрудничество является неизбежным требованием для углубления двустороннего и многостороннего сотрудничества, объективной необходимостью создания механизма урегулирования споров, неотъемлемым требованием для обеспечения верховенства права в региональном сотрудничестве и важным способом защиты прав и интересов участвующих субъектов. Из-за ограничений суверенных факторов, существующих многосторонних и двусторонних механизмов и отсутствия эффективных механизмов сотрудничества китайско-российское судебное сотрудничество в контексте проекта «Один пояс — один путь» по-прежнему сталкивается с реальными проблемами.

Для построения китайско-российской системы судебного сотрудничества можно начать со следующего:

Оздоровить и совершенствовать китайско-российского механизма сотрудничества в области судебной помощи. Верховные суды Китая и России должны расширить сферу применения

¹ 王佳慧: 黑龙江大学法学院副教授, 法学博士。黑龙江大学欧亚展研究院、河南大学中俄比较法中心、黑龙江大学法学院俄罗斯法律问研究所兼职研究人员。本文是黑龙江省哲学社会科学规划项目“‘一带一路’背景下中俄蒙民商事司法合作体系构建与实践路径研究”、黑龙江省教育科学专“‘中俄蒙经走廊’建设背景下‘需求+俄语’合型人才培养模式研究”(GBE1317026)、黑龙江大学新世纪教育教学改革工程重点项目“‘俄罗斯经法律概要’双语程教学研究与实践”阶段性研究成果。

² Статья является результатом поэтапной реализации проекта планирования исследований в области философии и социальных наук Хэйлунцзянской провинции «Исследование строения система и пути практики гражданского и коммерческого судебного сотрудничества между Китаем, Монголией и Россией на фоне проекта “Один пояс — один путь» и научно-образовательного проекта Хэйлунцзянской провинции «Исследование модели обучения сложным талантам “требование + русский язык” на фоне “Экономического коридора Китай — Монголия — Россия»(GBE1317026).

взаимной правовой помощи с учетом фактических условий двух стран и соответствующим образом сократить процедуры судебной помощи.

Создать и совершенствовать механизм урегулирования споров между Китаем и Россией:

1) принимая во внимание разнообразные характеристики типов споров, создать механизм оперативного разрешения различных споров, таких как инвестиционные споры, торговые споры и споры об интеллектуальной собственности;

2) создать механизм процесса разрешения споров, связанный с иностранцами, который подходит для обеих стран;

3) укрепить органическую связь между различными механизмами разрешения споров;

4) улучшить диверсифицированный механизм разрешения разногласий, в полной мере использовать преимущества внесудебных решений, таких как переговоры, посредничество, примирение, арбитраж и т.д., исследовать метод скоординированных действий между механизмом внесудебного порядка разрешения споров и механизмом разрешения споров, связанных с судебными разбирательствами;

5) исследовать способы облегчения разрешения споров. Китай и Россия присоединились к Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, кроме того, Соглашение между Торгово-промышленной палатой Российской Федерации и Китайской палатой международной торговли / Китайским комитетом содействия развитию международной торговли о сотрудничестве в области коммерческого арбитража заложило основу для сотрудничества в разрешении споров через арбитраж. В Китае создан Международный арбитражный центр Пудун, Международный арбитражный суд Шэньчжэня, Харбинская арбитражная комиссия активизирует подготовку к строительству Арбитражного центра в Северо-Восточной Азии. Все вышеперечисленные факторы создают практические условия для арбитражного сотрудничества между двумя странами. Китай обнародовал «Мнения о создании международного механизма и институтов по разрешению коммерческих споров в рамках проекта “Один пояс — один путь”», которые также предоставили институциональную поддержку для углубленного развития сотрудничества судебных органов Китая и России.

Совершенствовать механизм обмена судебным сотрудничеством:

1) регулярно проводить форумы сотрудничества судебных органов двух стран, обобщая результаты международного сотрудничества судебных органов и укрепляя китайско-российское судебное взаимодействие;

2) обе страны приняли соответствующее законодательство или соответствующие юридические толкования, которые приняты Верховным судом. Уточнить принцип взаимности, признанный и применяемый в других решениях по гражданским и коммерческим делам в стране, и повысить эффективность признания и исполнения судебных решений;

3) создание специальных координационных центров по китайско-российскому судебному сотрудничеству и усиление исследований по координации систем и интеграции организаций судебного сотрудничества в рамках проекта «Один пояс — один путь»;

4) министерства юстиции двух стран возьмут на себя ведущую роль в создании базы обучения талантливых сотрудников для судебного сотрудничества в рамках проекта «Один пояс — один путь», чтобы обеспечить резервы кадров для такого сотрудничества.

В полной мере обеспечить важную роль центрального правительства или компетентных органов двух стран. Создать механизм регулярных встреч для руководителей судебных учреждений двух стран, регулярно общаться, укреплять взаимное доверие, исследовать многоплановую систему функционирования судебного сотрудничества между двумя странами в рамках этого механизма, своевременно обобщать и обмениваться судебным опытом, сокращать различия в правовых нормах в частиторговли и инвестиций. Учитывать затраты и риски для повышения эффективности взаимной правовой помощи.

Ключевые слова: Конституция Российской Федерации, конституционный строй, разделение властей, защита прав человека, независимость судебной власти, конституционный надзор.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.133-138

近年来,中国与俄罗斯的经贸往来越来越紧密,在经贸、文化、安全等各领域的合作不断扩展,随着“一带一路”倡议及“中蒙俄经济走廊”建设的深入推进,中国与俄罗斯在司法领域的交流与合作需求日益迫切。2017年9月25日,由中国主办的“丝绸之路”司法合作国际论坛在甘肃省敦煌市召开,来自俄罗斯、土耳其、哈萨克斯坦等十余个国家的代表出席了论坛。与会代表就“各国商法之协调”、“

跨境纠纷解决机制之构建”以及“国际司法协助之推进与强化”等5个专题展开了深入探讨。这次论坛的举办，标志着“一带一路”沿线国家在司法领域的务实合作进入了一个新时期。2018年5月24日，中华人民共和国首席大法官、最高人民法院院长周强与出席第十三次上海合作组织成员国最高法院院长会议的俄罗斯联邦最高法院院长维亚切斯拉夫·列别杰夫在北京签署了《中华人民共和国最高人民法院与俄罗斯联邦最高法院司法交流与合作谅解备忘录》，标志着两国在司法改革、案例研究以及打击跨国跨境犯罪、暴恐犯罪等方面交流互鉴进一步加强、合作继续深化。2018年11月7日，中俄总理第二十三次定期会晤公报，双方重申，愿就“一带一路”建设与欧亚经济联盟对接继续积极协作，探讨构建“欧亚伙伴关系”，促进地区一体化进程，这必将开启两国司法合作的新阶段。

未来十年，将是“一带一路”建设发展的黄金时期，营造良好的区域合作环境，需要一系列服务保障机制为其护航。2019年6月5日，中国国家主席习近平和俄罗斯总统普京在莫斯科共同签署《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于发展新时代全面战略协作伙伴关系的联合声明》，双方共同强调了在高度的政治互信基础上，俄罗斯支持“一带一路”倡议，中国支持在欧亚经济联盟框架内推动一体化进程，双方将共同致力于建设大欧亚伙伴关系。作为中国“一带一路”倡议中与中国关系最紧密的国家，俄罗斯不仅是中国战略合作伙伴，更与中国共同打造“冰上丝绸之路”的重要国家，在此背景下，开展国际司法合作有何必要？中俄两国应该如何深化双边司法合作？如何较好地解决两国经贸合作过程中的争端，构建有效的争端解决机制？这是值得两国学者广泛讨论并深入研究的问题。

一、“一带一路”背景下开展国际司法合作的必要性

（一）国际司法合作是“一带一路”合作深化发展的必然要求

“一带一路”建设是一项综合性较强的系统工程，需要与沿线国家的发展战略相互对接。为推进实施“一带一路”重大倡议，2015年3月28日，中国国家发展改革委员会、外交部、商务部联合发布了《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》，标志着“一带一路”倡议进入实质性合作阶段。经过近几年的发展，“一带一路”倡议已在经贸往来、基础设施建设、大型项目合作方面取得了较快发展。2018年前11个月，我国在沿线国家承包工程完成营业额736.6亿美元，同比增长12.6%。与沿线国家货物贸易进出口总额1.2万亿美元，同比增长18.3%³。中俄两国的经贸发展则更为迅猛，2018年中俄双边贸易额达到创纪录的1070.6亿美元，同比增长27.1%，增速在中国前十大贸易伙伴中位列第一，中国继续保持俄罗斯第一大贸易伙伴国地位⁴。两国下一个发展目标是将双边贸易额提至2000亿美元。伴随着经贸合作的不断深化，投资争端、经贸纠纷、商事合作争议也将逐渐增多。目前，“一带一路”服务保障机制尚未完善，缺乏行之有效的国际贸易合作纠纷及投资争端解决机制，合作关系的协调高度依赖于当事各国磋商及谈判能力，不具有持续性。中俄两国经贸合作的顺利发展有赖于“一带一路”建设的有序推进，需要建立一系列长效保障机制为经贸合作保驾护航。因此，加强“一带一路”沿线各国的司法合作，尤其是国际司法协助和争端解决机制的合作迫在眉睫。从这一方面来说，构建“一带一路”框架下国际司法合作及相应保障机制是深化“一带一路”建设的必然要求，也是中俄两国经贸合作取得更好成绩的必然要求。

（二）国际司法合作是建立争端解决机制的客观需要

建立争端解决机制、预防和化解“一带一路”区域合作争端是“一带一路”深入推进的面临的迫切问题。而一方面，沿线各国在法律文化、法治程度、司法体系、司法水平方面均不相同，导致沿线国家之间司法交流较为有限。各国国内提供的司法服务，很难得到其他沿线国家的认同和接受，无法以此建立争端解决机制；另一方面，为应对跨国犯罪、恐怖主义犯罪日益增长问题，国际司法合作整体趋势是刑事司法协助开展较多，民商事合作涉及较少。这都是在“一带一路”合作领域尚未建立有效争端解决机制的主要原因。尽管经济全球化已经加快了国家间在民商事领域的合作，但主要是通过区域政治或经济联盟内部的多边条约进行，针对性较强，不具有简单复制性。因此，增强“一带一路”沿线国家的司法合作，整合既有的纠纷解决渠道，建立“一带一路”区域司法服务保障机制，是预防和化解“一带一路”建设过程的投资争端和争议的客观需要。

（三）国际司法合作是推动“一带一路”区域合作法治化的内在推动力

“一带一路”建设的持续深入推进，促使中国和“一带一路”沿线各国经济贸易与人员往来更加密切。为“一带一路”建设及沿线国家的共同发展提供更加有力的司法服务和保障是摆在各国司法部门面前的新任务，如何协调国际、国内司法资源，提高本国法治水平？这是各国司法部门共同面临的机遇和挑战。国际司法合作能够在下述几个层面为“一带一路”区域合作法治化提供便利：首先，国际司法合作能够推动各国国内司法改革的进程。在经济全球化及国家治理法治化大潮的影响下，各国都在加快本国法制建设和法治改革。国际司法合作一方面可以具有引流器的功能，能够将各国法治建设的成果引入到“一带一路”沿线国家；一方面可以起到催化剂的作用，促进各国国内司法改革，加快各国国内法治建设进程。其次，国际司法合作能够加快“一带一路”沿线各国的法律信息化建设。在法律数据化时代，互联网的飞速发展也推动了各国法律信息化建设，而国际司法合作能够在制度建设、判例研究、学理讨论、法律体系构建、人工智能与法律的结合与应用等诸多方面为“一带一路”沿线各国的法律信息化建设提供交流平台和机会，为各国的司法合作和交流提供更大便利。最后，国际司法合作能够成为“一带一路”沿线各国法律人才培养的肥沃土壤。经济合作离不开法律制度的护航，通过国际司法合作，沿线各国可以通过互派留学生、访问学者，互建短期（三个月至一年）研修班等方式，培养出一批了解各国法律体系、投资和经济制

³ 《“一带一路”经贸合作成效显著》，《中国外资》，2019年第3期。

⁴ 韩显阳：《中俄经贸关系将迎来新发展》，《光明日报》，2019年2月19日第12版。

度的法律人才，减少“一带一路”合作中法律盲区，尽量避免错误的投资操作，最大限度地保护各参与主体的合法权益。总之，国际司法合作能够为“一带一路”沿线各国提供交流平台，分享有益经验，加强实质合作，优化资源配置，推动“一带一路”区域合作进一步法治化、规范化，是推动“一带一路”区域合作法治化的内在要求。

（四）国际司法合作是维护“一带一路”参与主体权益的重要途径

在“一带一路”经济合作中，各国企业是各项协定及合作项目的实质参与、完成主体，参与企业不仅代表企业自身进行投资活动，还在一定程度上承载着沿线国家的投资利益。参与企业的主体权益能否得到维护，直接影响着沿线国家的投资利益能否得以保证。由于争端解决机制尚未建立，沿线国家和参与企业的利益常常会受到各种因素影响，很难得到有效保障。保护当事人的合法利益，是国际司法合作的根本原则之一。国际司法合作是建立“一带一路”司法服务保障机制的客观要求，建立健全“一带一路”国际争端解决机制、借助各国间的司法协助及权益救济机制可以预防非法侵害，为参与主体提供维权途径，维护“一带一路”沿线国家的投资利益及企业权益。

二、“一带一路”背景下开展中俄司法合作的现实困境

（一）受主权因素的制约

虽然“一带一路”倡议得到了沿线国家的广泛赞同，俄罗斯总统普京也明确表示支持，但由于政治立场和国家利益不同，国际司法合作不可避免地受到国家实力、发展战略、合作目标等具有主权性质因素的影响和制约，中俄两国的司法合作也概莫能外。尤其是在有关法律并不健全，区域合作机制尚在探索阶段时，一旦发生争端，没有司法救济机制可供参考，仅通过中俄两国互惠原则及现有的双边条约，无法摆脱利益平衡中政治因素的影响。

（二）现有多边、双边机制的限制

“一带一路”沿线各国合作争端的解决很大程度上依赖于各国加入国际司法协助双边条约或多边公约的情况。目前，国际上有关诉讼的多边公约，主要是1965年在海牙缔结的《民商事事项司法与司法外文书域外送达公约》（以下简称“海牙送达公约”）和1970年在海牙缔结的《民商事事项域外取证公约》（以下简称“海牙取证公约”）。有关仲裁的多边公约主要是指1958年各国在纽约签署的《关于承认与执行外国仲裁裁决的纽约公约》（以下简称“纽约公约”），上述三个公约中国均是成员国。但“一带一路”沿线国家加入公约的情况并不相同，有学者统计，截至2016年6月16日，一带一路的64个国家中，加入海牙送达公约的国家有25个，加入海牙取证公约的国家有26个，而加入纽约公约的国家有57个⁵可见，通过诉讼途径解决合作争端受到各国加入海牙送达公约和取证公约的限制，并不具有广泛适用性。受各国加入多边公约或签署双边条约的限制，司法合作并无现成的可供遵守的成熟机制可供参考。

（三）缺乏有效合作机制

目前，国际司法合作主要以司法协助的方式进行，但现有的司法协助也存在一些问题，如刑事司法协助开展较多，民事司法协助相对较少；再如，受司法协助国家司法机构程序设置及工作方式限制，有些司法协助效果达不到预期等等。究其原因，主要在于：首先，“一带一路”沿线各国司法合作基础较为薄弱。在“一带一路”倡议提出前，中国与一些国家经济合作较少，司法合作机会较少甚至从未进行过司法合作，基础较为薄弱；其次，受各国法制水平及法治化程度制约，出现“一带一路”沿线国家司法合作意愿较强，但司法合作能力不足的情况；最后，由于没有建立较为成熟的司法合作机制，没有形成司法合作的常态化实施机制，法律服务及保障措施的构建如同无水之源、无本之木，导致现有司法协作缺乏稳定性、长效性。

三、“一带一路”背景下构建中俄司法合作体系的途径

近二十多年，中俄两国关系已达到历史最好时期，虽然新中国成立后，法律体系、司法制度的建立较多地参考了苏联的法律体系、司法制度，但目前中俄两国在法律文化、法律制度、司法体系方面仍存在较大差异，两国司法合作不宜采用单一的合作方式或合作模式，而应该构建包括多层次多元化机制的司法合作体系。2015年6月16日，最高人民法院发布了《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》（法发〔2015〕9号，以下简称《若干意见》）。较为详细地阐述了人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的具体内容和措施，为“一带一路”国际司法合作体系的构建提供了制度基础。结合该《若干意见》，笔者认为，构建“一带一路”背景下中俄司法合作体系可以从以下几个方面来着手。

（一）健全完善司法协助合作机制

一国的诉讼（仲裁）程序及诉讼（仲裁）行为，对内是司法机构以国家公权力为保障，实施、落实法律制度的过程，对外是一国主权在司法领域的体现。受司法主权因素影响，诉讼（仲裁）结论具有严格的地域性，原则上只在本国发生效力。因此，一国法院需处理发生在外国的纠纷或完成部分诉讼行为时，只能通过法院之间的相互委托和协助才能完成。两国法院之间进行司法协助，一般以两国间的条约或共同参加的国际公约为据，或者在互惠原则的基础上进行。国际司法协助即是不同国家根据协议或加入的条约所进行的一种司法互助行为。狭义司法协助的包括协助另一国司法机构进行诉讼文件的送达、传询证人、搜集证据；广义司法协助的除上述内容外，还包括承认和执行外国法院的判决和仲裁裁决。提出请求的法院的行为，叫“司法委托”，履行他国法院委托的行为叫“司法协助”。

司法协助是不同法制区域间开展司法合作、解决法律问题的主要途径，也是国际司法合作的基本形式。截至2018年2月，中国已与71个国家和地区缔结司法协助类条约。但是与“一带一路”沿线国家签署的司法

⁵ 朱伟东：《中国与“一带一路”国家间民商事争议解决机制的完善》，《求索》2016年第12期。

协助条约仍然有限, 一带一路沿线国家中, 同中国签订民商事司法协助条约的国家有7个, 与中国签订刑事司法协助条约的国家有8个, 与中国签订有民事和刑事司法协助条约的国家有17个。⁶中国与俄罗斯开展司法协助的时间较早, 两国于1992年6月19日就签订了《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于民事和刑事司法协助的条约》, 该条约明确: 缔约一方法院或其他主管机关制作或证明的文书, 只要经过签署和正式盖章即为有效, 就可在缔约另一方法院或其他主管机关使用, 无需认证。在缔约一方境内制作的官方文件, 在缔约另一方境内也有同类官方文件的证明效力。该条约奠定了两国开展司法协助的良好基础。但该条约只适用于在缔约任何一方境内根据其法律成立的法人, 不适用于自然人及非法人机构, 且司法协助应通过两国的中央机关进行联系, 即中华人民共和国司法部和最高人民检察院以及俄罗斯联邦司法部和总检察院, 司法协助的周期较长, 为更好地服务“一带一路”建设, 推动中俄两国经贸合作向纵深发展, 中俄两国最高法院应当结合两国的实际情况, 扩大司法协助的适用范围, 可以结合授权、事后审查、备案等方式, 适当简化司法协助的程序, 使两国司法协助合作能更好地服务于两国经贸、安全等领域的合作。

(二) 建立健全“一带一路”争端解决机制

随着“一带一路”的深入推进, 各国合作过程中的基础设施建设、经贸往来、产业投资、能源资源合作、金融服务、生态环境、知识产权、货物运输、劳务合作等涉外民事争端也逐渐增多。深化中俄两国的司法合作, 有赖于“一带一路”争端解决机制的建立、健全, 这是一项系统性工程。首先, 应当兼顾争端类型的多样化的特点, 针对投资争端、贸易争端、知识产权争端等各类争端分别建立具有操作性的解决机制。其次, 建立适合“一带一路”建设需求的涉外纠纷诉讼解决机制。例如, 可以在现有制度的基础上, 通过制定规范化的司法审查制度、推行涉外案件的司法审判公开制度、签订“一带一路”司法判决互相承认协定、推广各国典型案例指导及资源共享等方式, 构建适合“一带一路”建设实际情况的涉外案件审判与执行制度。再次, 应加强不同纠纷解决机制, 如仲裁与诉讼之间的有机衔接。最后, 应健全“一带一路”纠纷多元化机制, 充分发挥协商、斡旋、调解、仲裁等非诉讼解决方式的优势作用, 探索非诉讼纠纷解决机制与民商事诉讼纠纷解决之间的协调运作方法。如进一步探索国际商事调解的程序和规则, 制定国际商事调解协议范本, 尝试制定国际民商事纠纷解决司法确认特别规则或程序, 促进各国民商事纠纷解决以及执行机制统一化等。此外, 还可以研究探索便利化纠纷解决途径, 如建立“一带一路”国际商事法庭、“一带一路”国际商事仲裁法院、区域性跨境纠纷解决指导小组⁷等, 为“一带一路”参与国当事人提供高效、便利、节约成本的“一站式”法律服务, 切实维护“一带一路”建设主体的合法利益。

中国与俄罗斯均加入了《关于承认与执行外国仲裁裁决的纽约公约》, 1996年7月15日, 两国签订了《中国国际商会、中国国际贸易促进委员会和俄罗斯联邦工商会关于商事仲裁的合作协议》, 第1条第2款规定: 根据双方协议, 仲裁案不仅可以在双方所在的仲裁机构常设地开庭审理, 也可以在便于进行仲裁程序的中俄两国边境城市开庭审理, 这为两国进一步探索通过仲裁解决纠纷奠定了合作基础, 也为设立区域性国际仲裁中心提供了法律依据。目前中国在区域仲裁方面迈出了坚实的一步, 上海仲裁委员会在2004年的时候建立了浦东国际仲裁中心; 2017年12月25日, 华南国际经济贸易仲裁委员会(深圳国际仲裁院)与深圳仲裁委员会合并为深圳国际仲裁院; 哈尔滨仲裁委员会也正在筹备建设东北亚仲裁中心, 这都为两国仲裁合作提供了制度支撑和实践条件。

2018年1月23日, 中共中央总书记习近平主持召开中央全面深化改革领导小组会议, 审议通过了《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》(以下简称《意见》)。《意见》提出, 最高人民法院设立国际商事法庭, 支持“一带一路”国际商事纠纷通过调解、仲裁等方式解决, 推动建立诉讼与调解、仲裁有效衔接的多元化纠纷解决机制, 建立快捷、便利、低成本的“一站式”争端解决中心, 为“一带一路”建设参与国当事人提供优质高效的法律服务。目前, 中国在广东深圳市和陕西西安市设立的国际商事法庭已开始办公, 这标志着中国人民法院服务保障“一带一路”建设进入新阶段, 也为中俄两国司法合作的深入发展创造了良好的空间。

(三) 健全完善司法合作交流机制

健全和完善司法合作交流机制, 深化司法机关合作与交流, 是“一带一路”国际司法合作的题中之义。2017年9月25日, 中国首席大法官、最高人民法院院长周强在出席丝绸之路(敦煌)司法合作国际论坛时表示, 中国最高人民法院高度重视加强与“一带一路”沿线各国的司法合作, 希望在司法改革、信息化建设、案例研究、法官培训以及共同打击跨国犯罪等方面加强联系交流, 开展更加务实有效的合作, 推动各国司法工作更加深入有效开展, 同时, 周强还提出了整合司法资源、对接法律制度与司法政策, 建设开放合作平台、实现资源共享, 深化审判执行领域务实合作, 进一步加强司法协助等多项实质性建议。在2016年、2017年全国人代会上, 最高人民检察院检察长曹建明承诺, 检察机关要对接“一带一路”建设, 加强与沿线有关国家和地区司法协助和合作。⁸良好的司法合作交流机制有助于增强“一带一路”沿线国家之间的法治认同感, 推动中国与沿线国家司法部门、法学院校、科研机构之间的交流活动, 增进各国对中国

⁶ 外交部条法司网站: http://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/tytj_674911/wgdwdjdsfshzty_674917/t1215630.shtml

⁷ 参见王佳慧:《中俄边境贸易纠纷解决机制研究》,《俄罗斯学刊》,2012年第6期。

⁸ 目前中国最高人民法院已与94个国家和地区签署了143项双边合作协议或合作谅解备忘录。http://mp.weixin.qq.com/s?src=3×tamp=1519478803&ver=1&signature=Yn1wtcTlCFZ3Abn**3i51az1J1Wj8QKCUiy0W7D0FM-wVq5o*ytHRMaTsvlP-k2rhYJzWiiidbJivpOdw7niUqqokHCONsWdDEplbNaeSRv3PZdNnptei-VCIMlNXl0m53gTmo3t96Eotbj7604CcgkxbQltwUqi27un-Tl1S0=>

法律制度的了解,从而促进司法协助、争端解决机制的建立。同时,良好的司法合作交流机制能够增强“一带一路”沿线国家之间的法治互信,提高各国司法公信力,为“一带一路”建设营造和谐的法治环境。

笔者认为,中俄两国可以从以下几个方面完善司法合作交流机制,一是将“丝绸之路”国际司法合作论坛作为“一带一路”司法合作的主要基地和平台,通过论坛定期制定“一带一路”国际司法合作计划,沟通国际司法合作进展,总结国际司法合作成果,加强“一带一路”沿线国家的司法互通。二是牵头建立国际司法合作各专项事务中心,促进国际司法合作研究和实施。如推动建立法律与司法信息平台、国际商事司法案例研究中心等,可以通过科研项目招标、设立两国联合研究项目等方式,加强各国在“一带一路”框架下司法合作组织协调与制度整合的研究。三是由两国司法部牵头推动建立“一带一路”司法合作人才培养基地,为各国法律人才培养提供学习、实习和进修平台,提高各国法律人才培养质量,为两国司法合作提供人才储备。

(四) 充分发挥司法合作中央机关或主管机关负责制的作用

中央机关负责制是由海牙送达公约创设的,该公约第2条规定,“每个缔约国应指定一个中央机关负责依照第3至第6条规定,接受来自另一缔约国送达或通知的请求,并负责送交”。通过在多边公约中指定“中央机关”作为合作途径,并对其职责和义务进行明确列举一般是该模式的实施方式。除了在缔约国设立中央机关之外,有些公约还规定了主管机关与委托机关的合作模式。⁹这种模式为合作各国提供了极大便利的同时,也提升了合作效率,在公约履行方面发挥了重要作用,因此得以在海牙公约体系中得到推广¹⁰。2001年,在1980年《国际诱拐儿童民事方面的公约》履约情况第四次特委会上,海牙国际私法会议常设事务局代表充分肯定了中央机关模式的作用,并提出了在个案合作中规范申请格式、提高回复灵敏度、加强现代通讯手段的运用、建立专门网站保证信息通畅等建议¹¹。中央机构负责模式不仅在国际私法领域得到了广泛运用,在刑事司法协助方面,也发挥着越来越重要的作用,在中国与外国缔结的41项刑事司法协助类条约,有14个条约都指定了中央机关——最高人民检察院。中俄两国可以建立中央机关或主管机关负责制并充分发挥沟通协调作用,探索该机制下两国司法合作的多维操作制度,及时总结和共享司法经验、减少法律规则的差异性,降低贸易投资的成本和风险,增强经济活动的可预期性,提高司法协助的效率。

结论

中国最高人民法院审判委员会专职委员刘贵祥曾强调“构建公正高效便利的“一带一路”纠纷解决机制,需要沿线各国通力合作,共商共建共享,推动国际法治前行”¹²。司法合作体系建设是一项系统性的工程,需要各国共同努力。目前,中国最高人民法院、最高人民检察院已在司法合作领域作出了很大努力,中国法院正在深入推进司法体制改革,加快建设公正高效权威的社会主义司法制度;以司法改革为契机,在运用信息技术基础上,从国际商事仲裁发展、开通法院联网国际司法协助信息化管理平台,在线办理跨境送达、调查取证等司法协助请求,建立外国法查明平台等多个方面进行了有益探索。笔者认为,未来中俄两国还可以从以下两个方面考虑加强司法合作交流与沟通,推进司法合作取得更为实质性的进展:一是通过两国国内立法或由最高法院出台相关司法解释,明确对方国家法院民事判决在本国承认和执行的互惠原则,并规定具体的适用标准,提高外国法院判决在本国得到承认和执行的效率,增强法院民事判决在对方国家得到承认和执行的信心。二是建立两国司法机构负责人定期会晤机制,定期沟通,增强互信。总之,加强“一带一路”框架下的国际司法合作是一个两国共同努力长期的建设过程,希望本文能为这一过程添砖加瓦。

参考文献

- [1] 倪寿明:《深入研究“一带一路”国际合作中的司法需求》,《人民法院报》2017年5月26日。
- [2] 宋锡祥;朱柏燃“一带一路”战略下我国开展国际民商事司法协助的法律思考上海大学学报(社会科学版)2017年第3期。
- [3] 乔雄兵:《“一带一路”倡议下中国的国际民商事司法协助:实践、问题及前景》,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2017年第6期。
- [4] 李学鹏:《我国与东盟国家民事司法协助的缺陷与完善——基于“一带一路”国际合作背景》,《安徽农业大学学报(社会科学版)》,2018年第2期。
- [5] 盛红生:《“一带一路”中的国际刑事司法协助》,《西部发展研究》,2018年第2期。
- [6] 杜焕芳:《民商事司法救助之合作及其在欧盟的发展——兼析欧盟理事会2003年第2002/8号指令》,《法学评论》,2006年第1期。
- [7] 朱伟东:《中国与“一带一路”国家间民商事争议解决机制的完善》,《求索》2016年第12期。
- [8] 杜焕芳:《国际民商事司法与行政合作研究》,武汉大学2005年博士学位论文。

⁹ 如1961年《未成年人保护的机关权限和法律适用公约》主要是主管机关合作模式,而1996年《关于父母责任及儿童保护措施管辖权、法律适用、承认、执行与合作公约》则规定了中央机关、主管机关和委托机关参与合作的模式。

¹⁰ 如1980年《国际诱拐儿童民事方面的公约》、1993年海牙《关于儿童保护与国际收养合作的公约》、1996年《关于父母责任及儿童保护措施管辖权、法律适用、承认、执行与合作公约》

¹¹ 汪金兰:《统一国际私法的新机制——海牙国际私法会议的司法与行政合作》,《法学评论》2002年第3期。

¹² 《一带一路沿线各国经济社会文化各异,务实合作需要法律保障让司法协作为丝路护航》,人民日报: <http://news.iqilu.com/china/gedi/2017/1115/3745902.shtml>。

Борьба с терроризмом и экстремизмом. Противодействие коррупции

Эволюция уголовно-правового законодательства КНР в сфере борьбы с терроризмом и экстремизмом¹ Evolution of China Criminal Law Legislation in the Field of Combating Terrorism and Extremism

Лун Чанхай,
кандидат юридических наук (РФ),
постдоктор юридических наук (КНР),
профессор Юридического института Университета Внутренней Монголии
pangdongmei71@163.com

Lun Changhai,
Cand. Sci. (Law) (RF),
Postdoctoral Doctor of Law (PRC),
Professor, Law School, Inner Mongolia University, PRC

© Лун Чанхай, 2020

Аннотация. В 90-х гг. прошлого века в УК КНР 1997 г. были введены статьи по борьбе с терроризмом. После теракта 11 сентября 2001 г. в США Китай поддержал резолюцию ООН, в очередной раз внес поправки в статьи УК КНР, связанные с борьбой с терроризмом. Уголовное законодательство Китая постоянно усиливает борьбу с терроризмом. Поправки к УК КНР 2011 г. (№ 8) еще больше усилили борьбу против преступлений террористической направленности. Поправки к УК КНР 2015 г. (№ 9) в сравнительно большой степени позволили детально урегулировать недавно появившиеся в Китае вопросы, связанные с преступлениями террористической и экстремистской направленности.

Ключевые слова: КНР, терроризм, экстремизм, уголовно-правовое законодательство.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.139-142

В 90-х гг. прошлого века в Синьцзяне (СУАР) уже прошла серия терактов, что привело к осознанию китайскими законодателями опасности террористической деятельности для страны. Поэтому в УК КНР 1997 г. была введена статья (ст. 120) «Организация, руководство и участие в террористической организации», также было четко регламентировано, что в случае совершения организатором, руководителем, членом террористической организации таких преступлений, как убийство, взрыв, захват заложников, наказание назначается по совокупности преступлений согласно соответствующим статьям.

Можно сказать, что УК КНР 1997 г. положил начало уголовно-правовой борьбе с терроризмом в Китае². После потрясшего весь мир теракта 11 сентября 2001 г. в США Китай поддержал Резолюцию ООН № 1373, в очередной раз внес поправки в статьи УК КНР, связанные с борьбой с терроризмом. Эти изменения были отражены в Поправках к УК КНР № 3.

29 декабря 2001 г. Поправки к УК КНР № 3 были приняты на 25-й сессии ПК ВСНП 9-го созыва. В данных Поправках было четко сказано, что они принимаются только с целью наказать за преступления террористической направлен-

¹ Данное исследование представляет собой промежуточный итог работы по гранту для молодых ученых по гуманитарным и социальным наукам Министерства образования КНР 2015 г. "Исследование регулирования преступлений экстремистского характера в России и его рецепция" (№ 15YJC820037).

² Ли Хун. Уголовно-правовое законодательство по борьбе с терроризмом и экстремизмом в поправках к УК КНР (№ 9) // Вестник Сучжоуского университета. 2015. № 6.

ности, гарантировать безопасность государства, жизни и имущества граждан, с целью защиты общественного порядка. Их основное содержание включает в себя следующие пункты.

Во-первых, это усиление борьбы с организаторами и руководителями террористических организаций. Предусмотренное в УК КНР 1997 г. наказание в виде лишения свободы на срок от 3 до 10 лет было ужесточено до лишения свободы на срок от 15 лет или до пожизненного лишения свободы.

Во-вторых, было криминализовано оказание финансовой помощи террористической деятельности. Так, лица, оказывающие финансовую помощь террористической организации или лицам, занимающимся террористической деятельностью, наказываются лишением свободы на срок до пяти лет, арестом, надзором или лишением политических прав со штрафом; при отягчающих обстоятельствах — лишением свободы сроком пять лет и более со штрафом или конфискацией имущества. Также предусмотрена уголовная ответственность организаций за финансирование террористической деятельности.

В-третьих, были внесены изменения в некоторые составы преступлений, предусмотренных УК КНР 1997 г. и имеющих отношение к террористической деятельности. Регламентированное в ст. 114, 115 УК КНР «отравление» заменили на «распространение отравляющих веществ», расширив таким образом границы состава преступления. Статью 125 УК КНР изменили на «Незаконные изготовление, купля-продажа, транспортировка, хранение таких веществ, как ядовитые, радиоактивные вещества, возбудители инфекционных заболеваний», что также усилило борьбу с террористической деятельностью, а введение в ст. 127 УК КНР ядовитых веществ связано с борьбой с терроризмом.

В-четвертых, с целью предотвращения получения террористическими организациями денежных ресурсов Поправки к УК КНР № 3 расширили границы отмывания денег, включив в состав данного преступления оказание помощи в отношении имущества, заведомо добытого в результате совершения преступлений террористической направленности.

В-пятых, с целью реагирования на террористическую деятельность Поправки к УК КНР № 3 ввели «распространение заведомо поддельных опасных веществ» и «умышленное распространение информации, носящей террористический характер», а именно «распространение таких веществ, как взрывчатые, ядовитые, радиоактивные вещества, вещества, содержащие возбудителей инфекционных заболеваний», или составление ложной террористической информации об угрозе взрыва, биохимической, радиоактивной опасности, либо умышленное распространение заведомо

ложной террористической информации, наказываются лишением свободы на срок до пяти лет, арестом либо надзором, те же деяния, повлекшие серьезные последствия, наказываются лишением свободы на срок от пяти лет и более.

29 декабря 2011 г. на 23-й сессии ПК ВСНП 11-го созыва было принято Постановление ПК ВСНП «О соответствующих вопросах усиления антитеррористической работы» (далее — Постановление). Хотя Постановление (вслед за опубликованием и применением ст. 97 Закона КНР «О борьбе с терроризмом» было отменено, однако, учитывая важную роль, которую оно сыграло в реформировании уголовного и уголовно-процессуального законодательства, необходимо дать краткое описание Постановления.

Данное Постановление четко объявило, что Китай выступает против всех форм терроризма, решительно на основании закона запрещает (объявляет незаконными) террористические организации, принимает превентивные меры и строго наказывает террористическую деятельность (ст. 1), дало четкие определения понятий «террористическая деятельность», «террористическая организация» и «лицо, осуществляющее террористическую деятельность».

Согласно ст. 2 Постановления под террористической деятельностью понимается «общественно опасная деятельность, приводящая или стремящаяся привести посредством насилия, разрушения, угроз к человеческим жертвам, серьезному имущественному ущербу, повреждению общественной инфраструктуры, общественным беспорядкам и имеющая своей целью порождение страха в обществе, нарушение общественной безопасности или понуждение органов власти или международных организаций, а также деятельность, направленная на провоцирование, финансирование или оказание иными способами поддержки осуществлению указанных выше действий. Террористическая организация — это преступная группа, организованная для ведения террористической деятельности.

Лицо, осуществляющее террористическую деятельность, — лицо, организовавшее, спланировавшее, осуществившее террористическую деятельность, а также член террористической организации. В то же время в ст. 3 Постановления определены органы, силы и лица, занимающиеся вопросами борьбы с терроризмом. Так, государственный руководящий орган по антитеррористической работе осуществляет единый контроль и управление антитеррористической работой в масштабах всей страны.

Органы общественной безопасности, органы государственной безопасности и народная прокуратура, народные суды, административные органы юстиции, а также иные соответствующие органы государственной власти должны, выполняя

каждый свои функции, тесно взаимодействуя, на основании закона наладить антитеррористическую работу. Народная освободительная армия Китая, Народная вооруженная полиция Китая и организации народного ополчения в соответствии с законом, административно-правовыми актами, военными правилами, а также указами Госсовета, Центрального военного комитета предотвращают террористические акты и борются с террористической деятельностью. Согласно ст. 4 Постановления списки террористических организаций и террористов утверждаются и изменяются государственным руководящим органом по антитеррористической работе на основании положений ст. 22 данного Постановления. Списки террористических организаций и террористов публикуются Министерством общественной безопасности Госсовета.

В статье 5 Постановления регламентирован механизм замораживания активов и имущества террористических организаций и террористов. Статья 6 Постановления регулирует вопрос международного сотрудничества в области борьбы с терроризмом. Рассмотренные выше положения Постановления были переняты и развиты Законом КНР «О борьбе с терроризмом», который был принят в 2015 г.

С целью согласования с Постановлением ПК ВСНП «О соответствующих вопросах усиления антитеррористической работы» китайский орган законодательной власти впоследствии внес поправки в УК КНР. 25 февраля 2011 г. на 19-й сессии ПК ВСНП были приняты Поправки к УК КНР № 8, которые еще больше усилили борьбу против преступлений террористической направленности.

Во-первых, был изменен институт рецидива, предусмотренный ст. 66 УК КНР: «Лицо, совершившее преступление против государственной безопасности, преступление террористической направленности, преступление, связанное с организациями криминального характера, отбывшее наказание либо амнистированное, в случае повторного совершения в любое время любого из вышеназванных преступлений рассматривается как рецидивист». Другими словами, включением в перечень преступлений, образующих особый рецидив, преступлений террористической направленности была усилена борьба против преступлений террористической направленности³.

Во-вторых, так как преступления террористической направленности относятся к организованным насильственным преступлениям, суд может ограничить применение в отношении лица, со-

вершившего преступление террористической направленности, смягчения наказания и запретить условно-досрочное освобождение. Так, в отношении рецидивистов, приговоренных к смертной казни с отсрочкой исполнения приговора, а также в отношении лиц, совершивших умышленное убийство, изнасилование, разбой, похищение человека, поджог, взрыв, распространение опасных веществ или организованные насильственные преступления и приговоренных к смертной казни с отсрочкой исполнения приговора, народный суд в соответствии с обстоятельствами совершения преступления и т.д. может одновременно принять решение об ограничении смягчения наказания; условно-досрочное освобождение не применяется в отношении рецидивистов и лиц, осужденных к лишению свободы на срок 10 лет и более, к пожизненному лишению свободы за умышленное убийство, изнасилование, разбой, похищение человека, поджог, взрыв, распространение опасных веществ или другие организованные насильственные преступления.

Кроме того, в соответствии с положением, согласно которому «к рецидивистам и главарям преступных групп не применяется условное осуждение», условное осуждение, соответственно, не применяется и в отношении главарей террористических организаций. Данное положение также усилило борьбу с терроризмом⁴.

29 августа 2015 г. на 16-й сессии ПК ВСНП 12-го созыва были приняты Поправки к УК КНР № 9. В данных Поправках к уголовному законодательству в сравнительно большей степени были детально урегулированы недавно появившиеся в Китае вопросы, связанные с преступлениями террористической и экстремистской направленности.

Во-первых, были криминализованы такие подготовительные действия, как изготовление оружия, организация обучения и зарубежные контакты с целью осуществления террористической деятельности.

Согласно ст. 120.2 УК КНР совершение одного из указанных ниже деяний наказывается лишением свободы на срок до пяти лет, арестом, надзором или лишением политических прав со штрафом, при отягчающих обстоятельствах — лишением свободы на срок от пяти лет со штрафом или конфискацией имущества: изготовление оружия, опасных веществ или иных орудий для ведения террористической деятельности, организация обучения или активное участие в обучении по осуществлению террористической деятельности, контакты с зарубежными террористическими

³ См.: Коротких Н. Н., Лун Чанхай. Некоторые аспекты уголовной ответственности за рецидив преступлений террористической направленности по законодательству России и Китая // Азиатско-тихоокеанский регион: экономика, политика, право. 2014. № 3—4.

⁴ Авторитетный комментарий поправок к УК КНР / под ред. Чжоу Гуанцунь. Издательство Народного университета, 2011. С. 311.

организациями или лицами для осуществления террористической деятельности, планирование или иные подготовительные действия с целью осуществления террористической деятельности. Если любое из вышеперечисленных деяний содержит состав другого преступления, то деяние квалифицируется и наказывается по санкции за более тяжкое преступление.

Во-вторых, в УК КНР введено преступление, связанное с пропагандой терроризма, экстремизма, призывами к осуществлению террористической деятельности. Согласно ст. 120.3 пропаганда терроризма, экстремизма или призывы к осуществлению террористической деятельности путем изготовления, распространения литературы, аудио- и видеоматериалов или иных предметов, пропагандирующих терроризм, экстремизм, или путем лекций, публикации информации наказываются лишением свободы на срок до пяти лет, арестом, надзором или лишением политических прав со штрафом, при отягчающих обстоятельствах — лишением свободы на срок от пяти лет со штрафом или конфискацией имущества.

В-третьих, введено в УК КНР преступление, связанное с побуждением, понуждением народных масс при помощи экстремизма к подрыву национальной правовой системы. Согласно ст. 120.4 УК КНР побуждение, понуждение при помощи экстремизма народных масс к нарушению регламентированных национальным законодательством институтов брака, юстиции, образования, общественного регулирования наказываются лишением свободы сроком до трех лет, арестом, надзором со штрафом; при отягчающих обстоя-

тельствах — лишением свободы на срок от трех до семи лет, со штрафом; при особо отягчающих обстоятельствах — лишением свободы на срок от семи лет, со штрафом или конфискацией имущества.

В-четвертых, криминализовано понуждение других лиц к ношению одежды, знаков, пропагандирующих терроризм, экстремизм. Согласно ст. 120.5 УК КНР понуждение других лиц путем насилия, угроз к ношению в общественных местах одежды, украшений и знаков, пропагандирующих терроризм, экстремизм, наказываются лишением свободы на срок до трех лет, арестом или надзором со штрафом.

В-пятых, криминализовано незаконное владение предметами, заведомо пропагандирующими терроризм, экстремизм. Согласно ст. 120.6 УК КНР незаконное владение книгами, аудио- и видеоматериалами или иными предметами, заведомо пропагандирующими терроризм и экстремизм, при отягчающих обстоятельствах наказываются лишением свободы сроком до трех лет, арестом или надзором и дополнительно или в качестве самостоятельного наказания — штрафом.

Можно сказать, что именно положения о преступлениях террористической и экстремистской направленности способствуют совершенствованию антитеррористического и антиэкстремистского законодательства КНР. Вместе с тем антитеррористическое и антиэкстремистское законодательство Китая играет активную роль в борьбе с терроризмом и экстремизмом, своевременно совершенствуя антитеррористические и антиэкстремистские законы.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Авторитетный комментарий Поправок к УК КНР / под ред. Чжоу Гуанцунь. — Издательство Народного университета, 2011.
2. Коротких Н. Н., Лун Чанхай. Некоторые аспекты уголовной ответственности за рецидив преступлений террористической направленности по законодательству России и Китая // Азиатско-тихоокеанский регион: экономика, политика, право. — 2014. — № 3—4.
3. Ли Хун. Уголовно-правовое законодательство по борьбе с терроризмом и экстремизмом в Поправках к УК КНР № 9 // Вестник Сучжоуского университета. — 2015. — № 6.

Противодействие коррупции в таможенных органах России и Китая Anti-Corruption in the Customs Authorities of Russia and China

С. Б. Аникин,

доктор юридических наук, доцент
кафедры административного и муниципального права
Саратовской государственной юридической академии
k_ap@ssla.ru

В. Д. Коваль,

аспирант кафедры административного и
муниципального права Саратовской
государственной юридической академии
vikros27@mail.ru

S. B. Anikin,

Doctor of law, Docent of the Department of administrative and
municipal law of Saratov region state law Academy

V. D. Koval,

post-graduate student
of the Department of administrative and
municipal law of Saratov region state law Academy

© С. Б. Аникин, В. Д. Коваль, 2020

Аннотация. Статья посвящена способам противодействия коррупционным проявлениям в деятельности таможенных органов России и Китая. В работе исследуются существующие проблемы борьбы с коррупцией в таможенной сфере в России и Китае, проводится сравнительный анализ методов борьбы с коррупцией на уровне государственных служащих таможни, делается вывод о целесообразности заимствования положительного зарубежного опыта в сфере противодействия коррупции.

Ключевые слова: коррупция, таможенные органы, антикоррупционная политика, ограничения и запреты, соблюдение требований, наказание, антикоррупционное сознание, методы борьбы.

Abstract. The article is devoted to ways to counteract corruption in the activities of the customs authorities of Russia and China. In this paper, the author examines the existing problems of fighting corruption in the customs sphere in Russia and China, conducts a comparative analysis of methods of fighting corruption at the level of customs officials, concludes that it is advisable to borrow positive foreign experience in the field of combating corruption.

Keywords: corruption, customs, anti-corruption policy, restrictions and prohibitions, compliance, punishment, anti-corruption consciousness, method of struggle.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.143-146

Коррупция относится к числу наиболее опасных социальных явлений, представляющих непосредственную угрозу национальной безопасности государства.

Борьба с коррупцией является одной из самых острых проблем Российского государства и общества. Коррупция настойчиво стремится встроиться в легальную экономическую структуру

государства. Она способствует криминализации экономики и препятствует нормальной предпринимательской деятельности, снижает уровень конкуренции, подавляет развитие малого и среднего бизнеса.

В настоящее время коррупция фактически приводит к изъятию из законного оборота значительной части средств, которые, будучи выведены из

области легального обращения, не могут быть направлены на цели инвестирования¹.

Проблема борьбы с коррупцией до настоящего времени остается одной из самых острых, угрожает стабильности и безопасности общества, поэтому очевидна необходимость эффективного противодействия данному негативному проявлению со стороны государства. Указанные факты свидетельствуют о необходимости глубокого научного исследования проблем правоприменительной практики и законодательного регулирования вопросов реализации антикоррупционной политики государства, в том числе в таможенных органах.

Принятый в 2008 г. Федеральный закон «О противодействии коррупции»², содержащий определение коррупции и регламентирующий основные направления по борьбе с коррупционными проявлениями в Российской Федерации, и Национальные планы противодействия коррупции³ дали существенный толчок к выработке таможенными органами целого комплекса мер по противодействию коррупции, нашедших отражение в соответствующих планах таможенных органов Российской Федерации⁴ с неопределяемым сроком действия — 2 года, что является положительным моментом в рамках возможности внесения корректив в направления антикоррупционной политики в таможенной среде. Также нужно отметить, что в указанных документах преимущество сделан акцент на профилактических мерах: предупреждение и профилактику коррупции, создание антикоррупционных стандартов поведения, преодоление правового нигилизма и юридической безграмотности граждан.

В современной юридической литературе существуют различные точки зрения на коррупцию. Сам термин «коррупция» несет отрицательный смысл и часто используется в политических дискуссиях для объяснения причин, препятствующих экономическому и политическому развитию. Однако отношение к коррупции не у всех специалистов, занимающихся данной проблемой, однозначно отрицательное. Здесь можно выделить две точки зрения.

Ряд ученых и практиков исходят из представления о государственной власти как целенаправленно и продуманно работающем институте на благо экономического роста и потому рассматривают коррупцию как негативное явление, подрываю-

щее эффективные действия власти, но при этом не носящее массового характера.

Некоторые специалисты считают, что массированное вмешательство государства в экономику, вызванное нехваткой капиталов, подталкивает предпринимателей и население получать преимущества для развития своего бизнеса. В этой ситуации связи с бюрократией существенны для большинства видов экономической деятельности, и взяточничество, незаконное приобретение покровительства у бюрократии могут иметь благоприятные последствия. В пользу данного аргумента говорит то, что некоторые страны с высоким уровнем коррупции занимают первые места по экономическим показателям роста. Ситуация объясняется воздействием такого фактора, как предсказуемость взятки, что способствует снижению неопределенности в отношении цены того или иного ресурса. Такая ситуация характерна для стран Юго-Восточной Азии, где случаи отклонения от «нормального» уровня взяток придаются гласности⁵.

Анализ ведомственных актов ФТС России говорит об активизации деятельности таможенных органов в сфере противодействия коррупции на протяжении последнего десятилетия. Так, вопросы противодействия коррупции затронуты в Кодексе этики таможенника, разработаны и утверждены порядки уведомления должностными лицами таможенных органов о фактах обращения коррупционного характера и предоставления сведений о своих и членов семьи доходах и расходах. В целях противодействия коррупционным проявлениям в таможенных органах регламентирована деятельность комиссий по соблюдению требований к служебному поведению и урегулированию конфликта интересов, а также предусмотрен перечень должностей, по которым предусмотрена ротация кадров, прописан порядок организации работы «телефона доверия».

В условиях отсутствия отечественного реально действующего механизма борьбы с коррупцией наибольший интерес представляет опыт борьбы с коррупцией в Китае, которому удалось за очень короткий срок развить экономику и общество до западного уровня. Так, китайских коррупционеров, в отличие от российских, не содержат под домашним арестом, их имущество полностью конфискуется, в том числе за счет денег родственников, а также они пожизненно лишаются

¹ См.: Чистов А. А., Олейник В. В., Шпаковский Ю. Г. Коррупция в системе угроз экономической безопасности России // Таможенный вестник. 2009. № 1. С. 38.

² См.: Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» // Собрание законодательства РФ. 2008. № 52 (ч. II). Ст. 6228; 2018. № 45. Ст. 6837.

³ См., например: Указ Президента РФ от 29.06.2018 № 378 «О Национальном плане противодействия коррупции на 2018—2020 годы» // Собрание законодательства РФ. 2018. № 27. Ст. 4038.

⁴ См.: Федеральная таможенная служба // URL: <http://customs.ru/>.

⁵ См.: Чистов А. А., Олейник В. В., Шпаковский Ю. Г. Указ. соч. С. 38.

политических прав. С начала 2000-х гг. в стране казнили более 10 тыс. чиновников. В 2016 г. Верховный народный суд и Верховная народная прокуратура утвердили размер взятки, за который присуждается смертная казнь, он составляет 460 тыс. долларов. Несмотря на то, что в верхах власти уровень коррупции пока еще остается высоким, взяточничество среди чиновников рангом поменьше заметно сократилось — страх перед наказанием все же дает о себе знать. Кроме того, в Китае действует «горячий» телефон, по которому любой гражданин может анонимно сообщить о взяточничестве или злоупотреблении должностными полномочиями.

Существует довольно распространенное мнение, что коррупцию можно победить с помощью сильного государства, диктатуры, репрессий. Однако, по мнению О. А. Кузнецовой, китайский опыт, где показательные расстрелы чиновников, уличенных в коррупции, давно стали «делом обычным», подтверждает обратное⁶. Тем не менее Китай остается на 87-м месте в рейтинге наименее коррумпированных стран, России же до него пока еще далеко — она занимает только 138-е место⁷.

Для борьбы с коррупцией в Китае применяют не только наказания, но и профилактические меры, направленные на то, чтобы пресечь попытку взяточничества и сформировать правильное поведение госслужащих.

Иногда антикоррупционное обучение начинается еще с детства. В 2007 г. в школах Пекина ввели факультатив, где детей стали обучать, как бороться с коррупцией. Им сообщали о реальных фактах задержания и наказания коррупционеров, а также приводили в качестве примеров дела преподавателей школ и вузов. Для школьников и студентов в стране выпущено множество методических пособий, лекций, дистанционных курсов, с которыми они обязаны ознакомиться в период своего обучения.

Однако для тех, кто решит связать свою жизнь с государством, на этом обучение не заканчивается. В партийной школе Китая, где проходят подготовку госслужащие, есть даже занятия, которые называются «антикоррупционное тай-чи» — с помощью медитации и силовых упражнений будущих чиновников учат бороться с соблазном получить взятку. Кроме того, каждый госслужащий обязан просмотреть фильм «Роковое решение», в котором мэр города борется с коррупционерами, в числе которых его друзья и члены семьи.

Однако эти меры не исчерпываются — требования к чиновникам в Китае гораздо строже, чем в России. Чтобы пресечь коррупцию в верхах вла-

сти, детям и родственникам китайских чиновников запрещено заниматься бизнесом и содержать увеселительные заведения. Самых же чиновников часто переводят на другие должности. Ротация необходима не только для того, чтобы сотрудник лучше понимал суть работы ведомства, но и чтобы не успел наладить неформальные связи с другими служащими.

По мнению группы Всемирного банка, уровень коррупции в таможенных органах Китая оценивается как удовлетворительный — только две из десяти опрошенных компаний ожидают, что у них попросят взятку при прохождении границы. Чаще всего риски коррупции возникают при осуществлении экспорта и импорта из-за бюрократии, а также при получении лицензий на внешнюю торговлю.

Тем не менее российским таможенникам тоже есть чему поучиться у китайских коллег — как в стратегических моментах, так и в повседневной работе. Московское бюро по правам человека в своем докладе отмечает, что в Китае почти не ощущается давление органов власти, и в частности таможенных органов, на частный бизнес, поскольку виновным во взятке всегда считается госслужащий. Более того, если он своими действиями нанес материальный ущерб частному бизнесу, то за счет этого чиновника и его родственников государство обязано бизнесмену возместить потери. Сам служащий при этом остается ответственным за те контрольные функции, которые он выполняет, например за санитарный контроль или провоз груза через таможню. Если он не выполнит свои функции, то он также понесет наказание.

В отличие от России, система показателей эффективности работы чиновника жестко привязана к показателям развития территорий и отраслей, например экспорта и импорта. Вместе с тем госслужащий не имеет поощрений за то, что ему удалось больше собрать налогов или раскрыть больше преступлений. В результате каждый служащий гораздо более заинтересован в развитии экономики подчиненного региона.

Китайская таможня более, чем российская, сурова в отношении своих сотрудников. Так, в 2013 г. прокуратура города Нинбо раскрыла должностное преступление — за материальное вознаграждение пятеро таможенников, пользуясь своим служебным положением, предлагали местным предприятиям неофициальную помощь в таможенной очистке товаров. Сразу после проведения допроса они немедленно были уволены.

Обучение тоже играет немаловажную роль в жизни таможни. Среди сотрудников проводят антикоррупционные семинары и кейсы. Китай-

⁶ См.: Кузнецова О. А. Противодействие коррупции как цель правоохранительной политики: отечественный и зарубежный опыт // Вестник ТГУ. 2014. Вып. 1 (129). С. 153.

⁷ Corruption perceptions index 2018 // URL: <https://gtmarket.ru/ratings/corruption-perceptions-index/info>.

ские таможенные органы выпустили свыше 80 комплексов антикоррупционных нормативных актов, среди которых стандарты и правила административного поведения, системы укрепления внешнего и внутреннего контроля, а также перечни административных и дисциплинарных проступков, за которые предусмотрены наказания.

Есть и более инновационные методы борьбы с коррупцией на таможне. Так, в Китае активно применяется система управления рисками, позволяющая находить наиболее проблемные места в администрировании, где существует риск произвола таможенных органов. Но ее отличие от российской технологии в том, что она направлена на то, чтобы выявлять нарушителей не только со стороны бизнеса, но также и в своих собственных рядах⁸.

В то же время одна и та же программа по противодействию коррупции в таможенных органах в разных государствах может оказать различное влияние на сложившуюся ситуацию. Поэтому необходимо тщательным образом проработать весь накопившийся положительный опыт и раз-

работать программу противодействия коррупции в таможенных органах, которая была бы адаптирована к политической и экономической ситуации в стране и уровню ее технического развития, а также менталитету граждан.

Эффективно бороться с коррупцией в истории России получалось только путем применения «репрессивного» (карательного) законодательства по борьбе с коррупцией, но лишь в некоторые периоды истории количество коррупционных преступлений удавалось снизить. В настоящее время национальное и таможенное законодательство России должно соответствовать пути развития правового государства, исключая применение карательного метода в борьбе с коррупцией, привлекая к ее противодействию не только правоохранные подразделения таможенных органов, но и, при наличии соответствующих полномочий, общественные институты.

В дальнейшем основой антикоррупционных мероприятий в России должно стать законодательство, учитывающее международные стандарты и опыт других государств в сфере противодействия коррупции.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Кузнецова О. А. Противодействие коррупции как цель правоохранительной политики: отечественный и зарубежный опыт // Вестник ТГУ. — 2014. — Вып. 1 (129).
2. Чистов А. А., Олейник В. В., Шпаковский Ю. Г. Коррупция в системе угроз экономической безопасности России // Таможенный вестник. — 2009. — № 1.

⁸ См.: *Быркова Е.* Российская таможня заинтересовалась китайским опытом борьбы с коррупцией. 15.12.2016 // URL: <http://xn--b1ae2adf4f.xn--p1ai/article/39202-possiykaya-tamozhnya-zaintepesovalasy-kitayskim-opytom-borybu-s-koppuptsiey.html> (дата обращения: 25.12.2019).

中俄有组织犯罪比较研究

Сравнительное исследование организованной преступности в Китае и России
Comparative Research on the Organized Crime in China and Russia

作者简介]: 宋钰 (1993-), 男, 吉林松原人, 律师, 刑法学硕士, 研究方向: 外国刑法学
pangdongmei71@163.com

Сун Юй,
юрист, специалист в области иностранного уголовного права

Song Yu,
Lawyer. Master of Criminal Law. Research direction: foreign criminal law

© Сун Юй, 2020

摘要: 中国和俄罗斯在有组织犯罪概念界定方面都存在着不同的理论界说。通过对中俄两国刑法学与犯罪学领域关于有组织犯罪概念的比较与分析, 应当兼顾刑法学立场与犯罪学立场, 坚持有组织犯罪概念的二元界定。在中国有组织犯罪的刑法规制方面, 中国刑法在总则中规定了犯罪集团的概念, 在分则中规定了组织、领导、参加恐怖组织罪和组织、领导、参加黑社会性质组织罪。对于从事有组织犯罪的刑事责任, 中国刑法规定对组织、领导犯罪集团的首要分子, 按照集团所犯的全部罪行处罚。在俄罗斯有组织犯罪的刑法规制方面, 俄罗斯刑法在总则中规定了团伙犯罪、事先通谋的团伙犯罪、有组织的集团实施犯罪、犯罪团体(犯罪组织)的概念, 在分则中规定了组建和参加恐怖主义团体罪、组建或参加非法武装队伍罪、武装匪帮罪、组建或参加犯罪团体(犯罪组织)罪、组建极端主义团体罪, 同时, 将有组织的集团作为部分犯罪的责任加重情形。对于从事有组织犯罪的刑事责任, 俄罗斯刑法规定应当依照俄罗斯刑法并在其规定的限度内从重处罚, 并对除武装匪帮罪以外的四种犯罪设置了免除刑事责任的规定。相较于中国, 俄罗斯有组织犯罪刑事立法的优势在于其条文中明确表述了“有组织”的概念, 充分体现有组织犯罪发展的动态特征、照顾到不同法律概念之间的逻辑关系, 能够同时打击犯罪和瓦解犯罪集团, 刑事法网更加严密, 更有利于保障犯罪人的权利等。在中俄打击有组织犯罪的司法实务方面, 中俄两国目前都尚未设立集中的、统一的、专门的打击有组织犯罪的国家机构, 但是俄罗斯对于打击洗钱犯罪、保障秘密侦查人员、保护协助调查有组织犯罪的公民、保护有组织犯罪的证人、被害人及其他相关人员这些问题, 作出了更具针对性的法律规定和保障。因此, 中国应当从刑事立法规制和司法实务操作两个方面对俄罗斯进行借鉴。一方面, 完善有组织犯罪的基础规定和具体规定, 在总则中单独对有组织犯罪的内容进行规定, 在分则中增加相应的罪名, 为积极配合、及时退出的犯罪分子设置从宽、免除刑事责任的路径, 以贯彻宽严相济的刑事政策, 同时制定《反有组织犯罪法》以弥补刑法自身局限性, 从调整范围、反有组织犯罪主体、保障措施、预防预警、法律衔接等方面重点着手, 确定防范和打击有组织犯罪活动的行动根据。另一方面, 加大洗钱犯罪的打击力度, 完善和细化卧底侦查制度、线人侦查制度、证人等相关人员保护制度, 增加打击有组织犯罪的指引、强化、监督、保障等方面的举措, 从司法层面有效预防和打击有组织犯罪。

关键词: 俄罗斯; 中国; 有组织犯罪; 刑法规制; 司法措施

Abstract. China and Russia have different theoretical definitions in the definition of organized crime. By comparing and analyzing the concept of organized crime in the fields of criminal law and criminology between China and Russia, we should take into account the position of criminal law and the position of criminology, and adhere to the binary definition of the concept of organized crime. In terms of the criminal law system of organized crime in China, the Chinese criminal law stipulates the concept of criminal group in the general rules. In the chapter, it stipulates the crime of organizing, leading, participating in terrorist organizations and organizing, leading, and participating in underworld organizations. For the criminal responsibility of engaging in organized crime, the Chinese Criminal Law stipulates that the primary elements of the organization and leadership of criminal groups shall be punished according to all the crimes committed by the group. In the criminal law system of organized crime in Russia, the Russian criminal law stipulates the concept of gang crimes, gang crimes committed in advance, organized groups to commit crimes, criminal groups (criminal organizations) in the general rules, and the establishment of rules in the rules. And the crime of participating in terrorist groups, organizing or participating in illegal armed groups, armed gang crimes, forming or participating in criminal groups (criminal organizations), and forming extremist groups, while at

the same time increasing the responsibility of organized groups as part of the crime. For the criminal responsibility of engaging in organized crime, the Russian criminal law stipulates that it should be severely punished according to the Russian criminal law and within the limits set by it, and the provisions for exempting criminal responsibility from the four crimes other than armed gang crimes. Compared with China, the advantage of Russian criminal legislation with organized crime is that it clearly states the concept of "organized" in its provisions, fully embodies the dynamic characteristics of existing organizational crime development, and takes care of the logical relationship between different legal concepts. Combating crime and disintegrating criminal groups, the criminal law network is more rigorous, and it is more conducive to protecting the rights of offenders. In the judicial practice of combating organized crime between China and Russia, China and Russia have not yet established a centralized, unified and specialized national organization to combat organized crime, but Russia is fighting crimes against money laundering, protecting secret investigators, and protecting assistance. The investigation of organized crime citizens, the protection of organized crime witnesses, victims and other related personnel has made more specific legal provisions and guarantees. Therefore, China should learn from Russia from the two aspects of criminal legislation and judicial practice. On the one hand, improve the basic provisions and specific provisions of organized crime, separately stipulate the content of organized crime in the general rules, increase the corresponding crimes in the sub-rules, and set the lenient and exemption for criminals who actively cooperate and withdraw in time. The path of criminal responsibility is to implement the criminal policy of lenient and strict, and at the same time enact the Anti-Organized Crime Law to make up for the limitations of the criminal law itself, from the scope of adjustment, anti-organized crime subjects, safeguard measures, prevention and early warning, legal convergence, etc. Start by identifying the basis for action against and against organized criminal activity. On the other hand, increase the crackdown on money laundering crimes, improve and refine the undercover investigation system, informant investigation system, witnesses and other related personnel protection systems, and increase measures to guide, strengthen, supervise and guarantee the fight against organized crime. Effectively prevent and combat organized crime from the judicial level.

Keywords: Russia; China; Organized Crime; Criminal Law Governance; Judicial measures.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.147-159

一、有组织犯罪概念

有组织犯罪问题的研究历史已有数十年之久，然而时至今日学界仍未就有组织犯罪的概念形成一个统一的意见。无论是国内还是国外，对于这个概念的界定始终充满着争论。而这个概念作为打击有组织犯罪活动的基础，决定着刑事法律及其他相关法律的调整对象，因此，具有重要的理论意义与实践意义。

（一）中国的有组织犯罪概念

基于刑法学和犯罪学的不同立场，学者们对于有组织犯罪概念的界定也各不相同。

一种观点从犯罪学立场出发，倾向于对有组织犯罪的概念作广义的理解，例如，有的学者认为，有组织犯罪是指三人以上故意实施的有组织的共同犯罪活动。¹还有观点认为，有组织犯罪在外延上包括一般性集团犯罪、带黑社会性质组织犯罪和典型黑社会犯罪。²

另一种观点则从刑法学的立场出发，主张狭义的组织犯罪概念，认为界定有组织犯罪概念的基础应当是刑法的明文规定。基于此，相关的犯罪包括集团犯罪和黑社会（性质）组织犯罪、恐怖主义犯罪、邪教组织犯罪等刑法明文规定的犯罪。对于具体的范围，由于学者自身理解的不同也同样存在着一定的差异。例如，高铭暄教授认为，有组织犯罪包括恐怖组织、黑社会组织、邪教组织的犯罪，但不包括间谍组织犯罪。³有的学者认为，有组织犯罪包括一般犯罪集团和带黑社会性质组织实施的犯罪，因为我国当前刑法中并未规定黑社会组织犯罪。⁴有的学者认为有组织犯罪具体包括有组织行为的共同犯罪、共同犯罪中的聚众犯罪、集团犯罪、黑社会性质犯罪和黑社会犯罪、洗钱罪。⁵还有的学者认为，有组织犯罪不是我国刑法的概念，这个概念是规定在我国加入的《联合国打击跨国有组织犯罪公约》之中的，所以应当按照《公约》的规定来理解。⁶

¹ 卢建平主编. 有组织犯罪比较研究[M]. 北京: 法律出版社, 2004:22-23.

² 杜宇. 有组织犯罪概念二元论[J]. 湖南省政法管理干部学院学报, 2000, (5): 50.

³ 马克昌, 莫洪宪. 中日共同犯罪比较研究[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2003:277.

⁴ 杜宇. 有组织犯罪概念二元论[J]. 湖南省政法管理干部学院学报, 2000, (5): 50.

⁵ 卢建平主编. 有组织犯罪比较研究[M]. 北京: 法律出版社, 2004:22-23.

⁶ 马克昌. 有组织犯罪——全球关注的问题[J]. 法学论坛, 2004, (5): 79.

此外，为了化解学界纷争，有学者利用耗散结构理论，从有组织犯罪的组织结构的演变与社会环境的变化互动关系的角度，建立了一个更加动态、包容的概念。⁷

（二）俄罗斯的有组织犯罪概念

截至目前，俄国学者对于此概念的界定纷繁复杂，数量有几十种之多。

现行《俄罗斯联邦刑法典》中并没有关于有组织犯罪概念的确切定义，根据俄罗斯刑法学者的观点，从刑法学的角度看，有组织犯罪包括有组织的集团和犯罪团体（犯罪组织）实施犯罪。⁸

俄罗斯犯罪学界关于有组织犯罪概念的主流观点共有六类，分别是“系统说”、“现象说”、“规模性说”、“组织说”、“组织活动说”和“组织+活动说”。“系统说”认为，有组织犯罪不仅仅是有关犯罪活动的简单相加，而是这些活动共同构成的一个复杂的系统。“现象说”则从社会层面认识有组织犯罪，将其看做是一种消极的社会现象。“规模性说”则侧重于从犯罪规模等方面对有组织犯罪进行定义。“组织说”则将着眼点置于有组织犯罪的组织性上，认为这是有组织犯罪区别于其他犯罪的主要标志。与“组织说”不同，“组织活动说”则将侧重点放在“有组织的犯罪活动”上，而非实施犯罪的组织。“组织+活动说”则同时从组织和活动两方面解释有组织犯罪。⁹

还有的学者从不同角度出发，避开直接对有组织犯罪进行定义，而转为揭示有组织犯罪的本质或者特征。例如，鞑靼斯坦共和国检察长И. С. 纳菲科夫将有组织犯罪视为影子经济关系存在的一种安全机制，以及随之出现的“影子”规范体系及适用这种规范体系的有组织结构。这种观点不仅反映了有组织犯罪的本质，还揭示了其出现相关的原因——影子经济。然而，这种做法并不能解决有组织犯罪概念问题上的争论，反而在一定程度上使这个问题变得更加复杂。

俄国学者对有组织犯罪这一基础概念从不同角度进行了大量的有益探索，然而，由于俄罗斯政治、经济、社会、文化等环境因素的持续变化，有组织犯罪的内涵和外延也在不断地更新，这也就导致很难得出一个为学界、实务界和国民所普遍接受的恒定的结论。

（三）比较与评价

对于有组织犯罪的概念这一问题，不同学者、国家、国际组织都有着各自的理解和界定，可以说，在刑法学和犯罪学理论中，没有任何一个概念如同有组织犯罪的概念这样富有争议。

通过比较中俄两国的有组织犯罪理论，可以看出，学者们在界定有组织犯罪的概念时，采用的立场和角度是多元化的。从不同的立场和角度出发，自然会得到不同的结论，这种差异进而导致了关于有组织犯罪定义的分歧。

正如我国学者所言，刑法学的研究对象是法律规范，而犯罪学的研究对象则是客观事实。¹⁰前者的研究根据是已经被立法者形成规范文本的刑事法律，而后者则并不关心这种客观事实是否已经被现行刑法规定为犯罪，其主要考虑的是作为客观存在的危害事实。也正是基于这两种不同的立场，我国学者在有组织犯罪具体是指哪些犯罪这一问题上产生了争议。

与此同时，俄罗斯刑法理论界也面临着同样的争论。从犯罪学的立场出发，其更侧重阐释其实质特征，即社会层面的本质和特征；从刑法学的立场出发，则更主要地阐述其形式要件，即是否符合犯罪构成的问题。¹¹关于有组织犯罪概念的争论也大多是基于学者们所处立场的不同而产生的。

有学者提出在有组织犯罪概念这一问题上可以借鉴犯罪概念中的二元界定方法，进而提出了在有组织犯罪概念这一问题上的二元论观点，¹²即分别从刑法学和犯罪学两个维度对有组织犯罪进行定义，对此，笔者深以为然。

在界定有组织犯罪的概念时，一方面，应当注意，研究有组织犯罪的目的并非只是单纯对不同种类的犯罪进行逻辑上的归类，更是为了找到不同行为方式的犯罪之间的共性，并且在此基础上对它们进行控制和预防。基于此，犯罪学立场的优势在于其摆脱了制定法的束缚，能够根据社会现实的发展变化及时作出更新，从而为打击有组织犯罪活动指明方向，另一方面，刑法作为司法机关打击有组织犯罪的重要法律依据，惩治有组织犯罪的最终落脚点还应当是通过适用刑法实现对犯罪分子的定罪处罚，从而控制乃至根除有组织犯罪活动。因此，分别从事实和规范两方面对有组织犯罪的概念进行定义，不失为一种合适的选择。

综上，从犯罪学维度出发，有组织犯罪是指三人以上故意实施的有组织形式的犯罪活动，其中，有组织形式是有组织犯罪区别于临时纠集的一般结伙犯罪的重要特征。从刑法学维度出发，在我国境内，有组织犯罪是指黑社会性质组织实施的犯罪、恐怖组织实施的犯罪以及一般性集团犯罪。

值得注意的是，无论是刑法学还是犯罪学，其对于有组织犯罪概念的界定都并非是泾渭分明的，随着不同学科的交流以及立法活动的发展，一些原本存在于犯罪学领域的有组织犯罪正在逐步走入刑法学的研究视野。

⁷ 莫洪宪. 有组织犯罪研究[M]. 武汉: 湖北人民出版社, 1998: 24-34.

⁸ 何秉松. 黑社会组织(有组织犯罪集团)的概念与特征[J]. 中国社会科学, 2001, (4): 128.

⁹ 崔嫄. 俄罗斯有组织犯罪研究[D]. 中国政法大学博士学位论文, 2009: 4-7.

¹⁰ 袁力. 有组织犯罪概念之界定[J]. 天津市政法管理干部学院学报, 2002, (2): 43.

¹¹ 庞冬梅. 俄罗斯有组织犯罪的企业化路径及对策研究[J]. 上海政法学院学报(法治论丛), 2018, (5): 25.

¹² 杜宇. 有组织犯罪概念二元论[J]. 湖南省政法管理干部学院学报, 2000, (5): 49.

二、有组织犯罪的刑事立法規制

从刑法角度看，有组织犯罪集团实施的犯罪活动多种多样，既涉及暴力、恐怖领域犯罪，也涉及金融、走私等经济领域犯罪。本章所研究的有组织犯罪主要是指组建、领导、参加有组织犯罪集团的行为，本文旨在通过对这些行为进行研究，进而从根本上分化、瓦解有组织犯罪集团，打击有组织犯罪活动，至于组建者、领导者、参加者在有组织犯罪集团下基于集团授意实施的犯罪（如故意杀人、故意伤害、爆炸、走私等），则不作为本章的研究对象。

（一）中国有组织犯罪的刑法规制

1. 有组织犯罪的一般规定

我国刑法总则中关于有组织犯罪的规定主要是“犯罪集团”。根据我国刑法第26条的规定，犯罪集团是指“三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织”。

犯罪集团主要具有以下特征：第一，人数在三人以上，主要成员固定或基本固定；第二，经常纠集一起进行一种或数种犯罪活动；第三，有明显的首要分子，有的首要分子是在纠集过程中形成的，有的首要分子则在纠集开始时就是组织者或领导者；第四，有预谋地实施犯罪活动；第五，不论作案次数多少，对社会造成的危害或其具有的危险性都很严重。

2. 有组织犯罪的特殊规定

我国刑法关于有组织犯罪的特殊规定包括组织、领导、参加恐怖组织罪和组织、领导、参加黑社会性质组织罪。

恐怖组织是指为了实施恐怖活动而建立的犯罪组织。¹³组织、领导、参加恐怖组织罪的构成要件是：

本罪规定在危害公共安全犯罪一章，侵害的客体是社会的公共安全。

本罪的客观方面包括组织、领导、参加恐怖活动组织的行为。“组织”包括发起、招募、拉拢人员等组建恐怖活动组织的行为。“领导”包括为设立、组织和实施犯罪活动进行策划、指挥的行为。根据参加者态度的不同，“参加”行为分为积极参加和其他参加，区分的意义在于对于积极参加者，刑法规定了更为严厉的刑罚。

本罪的主体是一般主体。

本罪的主观方面是故意，并且应当具有恐怖活动的目的。

组织、领导、参加黑社会性质组织罪¹⁴的构成要件包括：

本罪的客体是复杂客体，既包括经济秩序、社会活动秩序，也包括公民的人身财产权利。

本罪的客观方面包括组织、领导、参加恐怖活动组织的行为。“组织”包括发起、招募、拉拢人员等组建黑社会性质组织的行为。“领导”是指对黑社会性质组织的犯罪活动进行策划、指挥、协调的行为，其同样分为积极参加者和其他参加者，相较于其他参加者，对积极参加者处以加重刑罚。

本罪的主体是一般主体。

本罪的主观方面是故意。

3. 有组织犯罪的刑事责任

我国刑法总则中规定，对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚。同时，在分则中，刑法将犯罪集团的首要分子规定为特定犯罪的加重处罚情形。

对于参加犯罪集团的人，如果在分则中未作规定，则根据其在犯罪中所起的作用和地位处罚。如果构成主犯，还应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚。

在组织、领导、参加恐怖组织罪和组织、领导、参加黑社会性质组织罪中，对于组织者、领导者，我国刑法对他们规定了相同幅度的法定刑，而对于参加者，则根据他们主观态度上的不同，区分积极参加者和其他参加者，并且对它们分别规定了不同程度的刑罚，这也体现出我国宽严相济的刑事政策。

（二）俄罗斯有组织犯罪的刑法规制

1. 有组织犯罪的一般规定

《俄罗斯联邦刑法典》总则中涉及有组织犯罪问题的条款主要是第35条，其中第1款、第2款、第3款、第4款分别界定了团伙犯罪、事先通谋的团伙犯罪、有组织的集团实施犯罪、犯罪团体（犯罪组织）实施犯罪的概念和区别，并且对相应的刑事责任作出了规定。

俄罗斯学界内部对于第35条的理解存在一定争论。通说一般不区分形式与种类这两个概念，并且认为此条规定的是共犯的形式或种类。而另一部分学者则主张对形式与种类这两个概念进行区分，其中，有些学者认为此条针对的是共犯的形式，还有一些学者则认为此条涉及的是共犯的种类。例如，A. B. 谢斯列尔认为此条列举了共犯的两种形式，一种是不具有事前协议，另一种是具有事前协议，同时，他还列举了

¹³ 此处的“犯罪组织”指的是恐怖活动组织的存在样态，与《俄罗斯联邦刑法典》中的“犯罪组织”一词含义不同。

¹⁴ 根据《中华人民共和国》刑法第254条的规定，黑社会性质的组织应当同时具备以下特征：（一）形成较稳定的犯罪组织，人数较多，有明确的组织者、领导者，骨干成员基本固定；（二）有组织地通过违法犯罪活动或者其他手段获取经济利益，具有一定的经济实力，以支持该组织的活动；（三）以暴力、威胁或者其他手段，有组织地多次进行违法犯罪活动，为非作恶，欺压、残害群众；（四）通过实施违法犯罪活动，或者利用国家工作人员的包庇或者纵容，称霸一方，在一定区域或者行业内，形成非法控制或者重大影响，严重破坏经济、社会生活秩序。

几种不同形式的事前协议，即初级的事前协议、有组织的集团、犯罪团体。¹⁵与此同时，也有学者认为此条既不涉及共犯形式，也不涉及共犯种类，而是针对不同团伙类型所作出的规定。如，Д. В. 萨维尔耶夫将犯罪团体（犯罪组织）从前三者中抽离出来，并认为犯罪团体是比有组织的集团更加危险的不同形式。¹⁶再如，А. П. 克兹洛夫认为此法条是将犯罪团伙分为：不具有事前协议的犯罪团伙和具有事前协议的犯罪团伙，后者又分为事先通谋的团伙、有组织的集团和犯罪团体。不论这些学者持何种观点，可以肯定的是，其划分不同种类或形式的基础是一致的，即共犯的共谋程度，或者说是有组织程度。

笔者认为，一方面，从文义解释的立场出发，第35条并未明确规定不同犯罪团伙的概念；另一方面，从体系解释的角度看，第35条第5、6、7款已经明确了这四种犯罪团伙实施犯罪所应承担的刑事责任，如果仅将前四款规定理解为刑法典对犯罪团伙概念所作的规定，则法条内部的逻辑关联显然将因此减弱。因此，宜将其理解为针对共犯的形式所作的规定。

虽然团伙犯罪与事先通谋的团伙犯罪并不直接涉及有组织犯罪共犯形式的问题，但却是有组织的集团和犯罪团体（犯罪组织）实施犯罪的成立基础，原因在于，从团伙犯罪到犯罪团体（犯罪组织）实施犯罪，这四种共犯形式的有组织程度是逐渐加深的。因此，为保证理论的连续性和完整性，下文将对第35条涉及的四共犯形式一并介绍。

团伙犯罪的主要特点是共犯在实施犯罪之前没有通谋，且均为实行犯。

事先通谋的团伙犯罪的特点是各犯罪人之间在犯罪前已就实施犯罪进行串通。事先通谋的团伙犯罪与团伙犯罪的不同之处在于，其在实施前存在各共犯之间事先的通谋。

根据《俄罗斯联邦刑法典》第35条第3款的规定，有组织的集团是指由犯罪分子为实施一个或几个犯罪所组成的稳定的团伙。当犯罪是由稳定的犯罪团伙实施的，而这个犯罪团伙又是为了实施犯罪而专门组建的时，则属于有组织的集团实施犯罪。与事先通谋的团伙犯罪相比，有组织的集团实施犯罪的显著特征在于其组织上的稳定性，这一特征将有组织的集团实施犯罪、犯罪团体（犯罪组织）实施犯罪与事先通谋的团伙犯罪区分开来。

正是基于这种严重的危害性，不论有组织的集团的成员在实施犯罪的过程中具有何种地位和作用，均应将其作为实行犯处罚，而不能再将其作为帮助犯、教唆犯、组织犯等处理。

有组织的集团具有完整严密的内部结构，以至于其内部形成了多个分工明确、相互配合的分支机构，在这些分支机构的组织和领导下，有组织的集团得以实现对其下成员的直接领导，并且能够对成员的规模进一步扩大，以便从事不同种类的有组织犯罪活动。随着这种趋势的扩大，有组织的集团便进一步发展成为有组织犯罪的最高级形式——犯罪团体（犯罪组织）。

根据《俄罗斯联邦刑法典》的有关规定，犯罪团体（犯罪组织）是指由为了直接或间接地获取财产或其他物质利益而组成的旨在共同实施一个或多个严重或特别严重犯罪的紧密的有组织的集团或者由共同领导者及成员经营的有组织的集团的联合组织。犯罪团体（犯罪组织）是有组织的集团的高级形式，具有更加严重的社会危害性。因此，认定犯罪团体（犯罪组织）实施犯罪也就具有更高的标准，一方面，其具有有组织的集团实施犯罪所具有的稳定性特征，另一方面，其还具有一些前者所不具备的特征。

首先，犯罪团体（犯罪组织）的内部成员之间具有更加紧密的联系。与稳定性相类似，这种组织成员之间的紧密性特征并未由刑法典作出明确规定，属于一种评价性的要件。紧密性包括犯罪团体（犯罪组织）内部的组织者、领导者、参与者之间的紧密联系和明确分工，以及犯罪团体（犯罪组织）内部不同的犯罪团伙和犯罪部门在职能责任和活动区域的分配，等等。简而言之，紧密性意味着犯罪团体（犯罪组织）内部对侵害结果在组织上和精神上的高度统一。其次，根据俄罗斯刑法的规定，这些犯罪团伙（犯罪组织）的设立目标是实施严重犯罪或者特别严重犯罪，而对于有组织的集团来说，其设立的目标则不要求是严重犯罪或特别严重犯罪。¹⁷最后，犯罪团体（犯罪组织）进行犯罪活动的目的是为了直接或间接地获取财产或其他物质利益。对于这一问题，立法机关在2009年对总则中有关犯罪团体（犯罪组织）实施犯罪的规定进行了修改，其中明确了犯罪团体（犯罪组织）的活动目的。

从刑法典对于有组织的集团实施犯罪的规定可以看出，相对于犯罪团体（犯罪组织）实施犯罪，其对于犯罪团伙在设立目标上并无更进一步的要求，即只需要是为了实施犯罪设立即可，而不需要一定是为了实施严重犯罪或特别严重犯罪，而成立后者则需要犯罪团伙是为了实施刑法典所规定的严重犯罪或特别严重犯罪而设立的。

因此，在有组织的集团实施犯罪与犯罪团体（犯罪组织）实施犯罪的关系的问题上，前者是后者成立的基础，后者是前者的特殊表现形式。

2. 有组织犯罪的特殊规定

《俄罗斯联邦刑法典》在分则中对有组织犯罪的规制主要有两种方式。

¹⁵ Шеслер А. В. Уголовно-правовые средства борьбы с групповой преступностью : монография. Красноярск, 1999. С. 23—24.

¹⁶ Савельев Д. В. Преступная группа: вопросы уголовно-правовой интерпретации и ответственности : монография. Екатеринбург, 2002. С. 80.

¹⁷ 《俄罗斯联邦刑法典》第15条对犯罪的种类作出了明确规定，根据社会危害性的不同，犯罪分为轻罪、中等严重的犯罪、严重犯罪和特别严重的犯罪，其中，严重犯罪是指俄罗斯刑法所规定的最高刑罚不超过10年剥夺自由的故意行为，特别严重犯罪是指俄罗斯刑法所规定的最高刑罚超过10年剥夺自由或更重刑罚的故意行为。

第一种方式是对那些具有严重社会危害性的且具有独立成罪必要的组建、领导、参加有组织的集团或犯罪团体（犯罪组织）的行为，在分则中将其规定为独立的罪名，而不再作为加重责任构成要件出现。¹⁸

第二种方式是将刑法典第35条规定的有组织的集团作为部分犯罪的责任加重情形，当行为人以有组织的集团的形式实施了该罪时，应当承担更重的刑事责任。例如，根据《俄罗斯联邦刑法典》第181条（违反国家检验标记的制作和使用规则罪）的规定，当此罪是以有组织的集团的方式实施的时，处以5年以下剥夺自由的刑罚，而在一般情况下，仅需处以一定数额的罚金刑，或者3年以下剥夺自由的刑罚。

本部分的研究对象是第一种方式，因此，下文将对俄罗斯刑法分则规定的具体罪名进行介绍。¹⁹

第一，组建和参加恐怖主义团体罪。

根据《俄罗斯联邦刑法典》的规定，恐怖主义团体是指为了从事恐怖主义活动，或者为了预备或实施一个或多个本法典第205.1条、第205.2条、第206条、第208条、第211条、第220条、第221条、第277条、第278条、第279条、第360条、第361条规定的犯罪²⁰，或者其他旨在宣传、辩护和支持恐怖主义的犯罪联合而成的稳定团伙。应当注意，此处的“辩护”并不是刑事诉讼程序中的“辩护”，其实际上是指公然承认恐怖主义的正确性的行为。而“支持”则包括对《俄罗斯联邦刑法典》总则第63条第1款第17项和分则第205.2条规定的犯罪提供有助于实施恐怖主义活动的服务以及物质、金钱或其他方面的帮助。

具体而言，组建和参加恐怖主义团体罪的行为方式主要包括以下几类：其一，组建恐怖主义团体。本罪是行为犯，一旦符合法律规定的恐怖主义团体组建完成行为即成立既遂；其二，领导他人组建的恐怖主义团体。即使行为人没有实施组建的行为，但是只要对团体内部及其组成部分或分支机构行使了领导职能，就构成犯罪；其三，参与恐怖主义团体，一旦行为人参与进入恐怖主义团体的行为完成即为既遂。

第二，组建或参加非法武装队伍罪。

本罪的客体是复杂客体。主要客体是公共安全，次要客体是法律所确立的国家武装部队的管理秩序。

本罪的客观方面包括以下几种行为：其一，组建非法武装队伍；其二，领导非法武装队伍或者为其提供资金；其三，参与非法武装队伍。其中，组建非法武装队伍包括为非法武装队伍确立方向、目标，招募人员，确定其内部人员结构及管理体系，为组织的活动提供后勤（物质技术）保障（包括武器装备、军事技术等）；领导非法武装队伍的行为包括对组织成员的职责进行再次分工，为其成员分配具体的任务，规划武装行动并监督其执行，对违反内部规定的成员采用非法处罚措施，等等；参加行为包括加入非法武装队伍成为其成员，参加组织内部关于犯罪的学习和培训，以及实施上级交代的犯罪。

本罪的主体是已满十六周岁的自然人。

本罪的主观方面必须是出于自己意图的直接故意。在具有间接故意和过失的情形下加入非法武装队伍不构成本罪。值得注意的是，在规定此罪的刑法分则条文中，立法者并未对行为人的主观目的或者动机以及非法武装队伍的设立目标作出规定。因此，成立本罪不需要行为人具有犯罪的目的或动机。

第三，武装匪帮罪。

根据《俄罗斯联邦刑法典》第209条的规定，匪帮是为袭击公民或组织而成立的武装团伙。

本罪侵害的必要客体是公共安全，选择客体为公民和组织的人身、财产权益。

本罪的客观方面包括：组建匪帮，一旦匪帮团伙创建完成，则不论其是否已经开展实施暴力袭击活动，此罪都已既遂；领导匪帮，领导匪帮团伙的行为包括决定、分配、控制、策划、协调具体的袭击活动，以及招募新成员加入团伙等领导管理活动；参加匪帮，参加匪帮的行为包括为团伙吸引成员，提供资金，保管运输、武器，传递通信等。对于没有加入匪帮团伙但参加了其武装袭击的实施的的行为，也构成本罪的实行犯。

本罪的主体是一般主体，即已满十六周岁的自然人。

本罪的主观方面是直接故意，对于组建和领导的行为，还要求行为人的犯罪目的是为了对公民或者组织发动袭击。但是，行为人犯罪的动机则不属于本罪主观方面的必备要件。

第四，组建或参加犯罪团体（犯罪组织）罪。

本罪中的犯罪团体（犯罪组织）包括两种：第一种是具有严密组织架构²¹的有组织的集团。第二种是由多个处在统一领导下的有组织的集团联合而成的联盟。

本罪侵害的客体是公共安全。

在客观方面，主要有以下几种表现形式：其一，以共同实施一种或几种严重或特别严重的犯罪为目的组建犯罪团体（犯罪组织）；其二，领导这些团体或者其下所属的分支机构；其三，指挥这些犯罪团体（犯罪组织）的犯罪活动；其四，在不同独立的有组织团伙之间建立稳定联系，以及为这些团伙完成犯罪制定计划、创造条件，或者划分地盘、收入；其五，参加为实施犯罪行为而举办的有组织的集团的组织者、领导者或其他犯罪者的集会；其六，参加犯罪团体（犯罪组织）。

¹⁸ 这些犯罪分别是《俄罗斯联邦刑法典》第205.4条组建和参加恐怖主义团体罪、第208条组建或参加非法武装队伍罪、第209条武装匪帮罪、第210条组建或参加犯罪团体（犯罪组织）罪、第282.1条组建极端主义团体罪。

¹⁹ 对于第二种方式，笔者将在本节“三、有组织犯罪的刑事责任”这一部分进行研究。

²⁰ 《俄罗斯联邦刑法典》第205.1条、第205.2条、第206条、第208条、第211条、第220条、第221条、第277条、第278条、第279条、第360条、第361条规定的犯罪分别为帮助实施恐怖主义活动罪、公开号召进行恐怖主义活动或公开为恐怖主义辩护罪、劫持人质罪、组建或非法参加武装队伍罪、劫持航空器、船舶或铁路机车车辆罪、非法处理核材料或放射性物质罪、侵占或勒索放射性材料或放射性物质罪、侵害国务活动家和社会活动家的生命罪、暴力夺取政权或暴力掌握政权罪、武装暴乱罪、袭击受国际保护的人员或机构罪、国际恐怖主义活动罪。

²¹ 即具有完善的内部层次和构造。

本罪的主体是一般主体，即年满十六周岁具有刑事责任能力的人。

本罪的主观方面要求行为人具有直接故意。除此以外，还要求行为人的犯罪目的是实施一个或多个严重或特别严重犯罪以直接或间接地获取财产或其他物质利益。

由于有组织犯罪与腐败犯罪的密切联系，俄罗斯立法机关新增了刑事责任加重的情形，即利用自己的公职权利实施前六种行为将判处更重的刑罚。

第五，组建极端主义团体罪。

极端主义团体是指为了筹备或者实施一种或几种极端主义犯罪事先联合而成的稳定团伙。

本罪侵害的客体是宪法制度基本原则和国家安全。

在客观方面包括以下几种表现形式：其一，建立极端主义团体；其二，领导这些团体及其组成部分或分支机构；其三，组建由组织者、领导者或组成部分和分支机构的其他代表组成的联盟；其四，劝说、招募或者采用其他方式吸收他人参与恐怖主义团体的活动；其五，参加恐怖团体。此罪虽然名为组建极端主义团体罪，但根据《俄罗斯联邦刑法典》第282.1条第2款的规定，参加极端主义团体的行为也符合本罪客观方面的要求。

本罪的主体是一般主体，即年满十六周岁具有刑事责任能力的人。

本罪的主观方面除要求行为人具有直接故意外，还要求行为人具备特定的犯罪目的和犯罪动机。本罪的犯罪动机是出于政治的、意识形态的、种族的、民族的、宗教的或出于对某个社会团体的仇恨或敌视的动机。对于一般的组建极端主义团体的行为，本罪的犯罪目的是预备或实施恐怖主义犯罪。对于组建由组织者、领导者或组成部分和分支机构的其他代表组成的联盟的行为，本罪的犯罪目的是为实施极端主义犯罪制定计划和创造条件。

应当说，俄罗斯立法机关在对有组织犯罪进行刑事立法时进行了较为周全严密的考虑，其分别在总则和分则对有组织犯罪的具体种类（形式）以及刑事责任作出了详尽的规定，以严密刑事法网。但是，俄罗斯立法机关显然仅仅注意到了法律的全局性，而未深入考虑到不同法律规范之间的衔接问题。

在2009年11月3日颁布的第245号《关于修改俄罗斯联邦刑法典和俄罗斯联邦刑事诉讼法典第100条的联邦法》中，修改了关于犯罪团体（犯罪组织）实施犯罪的条款。²²相较于之前的条款，修改后的条款对由有组织的集团所组成的联合组织实施的犯罪进行了补充规定，同时昭示了有组织犯罪的经济特征。修改前的法条仅要求有组织的集团和犯罪团体（犯罪组织）的犯罪目的是实施严重犯罪或特别严重犯罪，而修改后的法条在此基础上，同时还要求犯罪团体（犯罪组织）的犯罪目的是为了直接或间接地获取财产或其他物质利益。

一方面，这一修改方式看上去是对犯罪团体（犯罪组织）的内涵作出了更为详尽的阐述，但实际上不当缩小了犯罪团体（犯罪组织）的外延，进而将恐怖主义组织、极端主义团体等以政治诉求作为其首要追求目标的有组织犯罪集团实施的犯罪排除在外。

另一方面，刑法典仅仅修改了总则中关于犯罪团体（犯罪组织）实施犯罪的定义，即增加了有关“直接或间接地获取财产或其他物质利益”的规定，但是，在分则第210条规定的组织或参加犯罪团体（犯罪组织）罪中却并未同时做出相应的修改，因此，出现了总则和分则关于犯罪团体（犯罪组织）的规定不一致的问题。

3. 有组织犯罪的刑事责任

由于上文提到的团伙犯罪、事先通谋的团伙犯罪、有组织的集团实施犯罪、犯罪团体实施犯罪这四种共犯形式具有极强的社会危害性，《俄罗斯联邦刑法典》第35条在对不同共犯形式作出了规定后，对团伙、事先通谋的团伙、有组织的集团、犯罪团体（犯罪组织）实施犯罪的刑事责任作出了原则性的规定——应当依照俄罗斯刑法并在其规定的限度内从重处罚。对于有组织犯罪的形式（即后两种共犯形式），包括有组织的集团和犯罪团体（犯罪组织）实施犯罪，法律作出了不同的规定。

根据《俄罗斯联邦刑法典》总则第35条的规定，在刑法典分则作出明确规定的情况下，对于有组织的集团和犯罪团体（犯罪组织）的组织者和领导者，如果触犯了《俄罗斯联邦刑法典》第205.4条、第208条、第209条、第210条、第282.1条的规定，²³应当对组织和领导这些团伙或组织的行为承担刑事责任，除此以外，还要对这些团伙或组织在其授意下实施的故意犯罪承担责任。而如果刑法典未在分则中作出具体规定，则对于有组织的集团的组织者，应当对其为组建此团伙而预备实施的犯罪承担责任。对于其他参与的人，如果触犯了《俄罗斯联邦刑法典》第205.4条、第208条、第209条、第210条、第282.1条的规定，不仅要对该团伙或组织的行为承担责任，还应对其在这些团伙内部参与预备或者实施的犯罪负责。

由此可以得出，对于组建、领导有组织团伙或犯罪团体（犯罪组织）的人，主要有以下两种处罚情形：第一，对于《俄罗斯联邦刑法典》第205.4条、第208条、第209条、第210条、第282.1条有规定的情形，共同犯罪人不仅应当对组建、领导的行为承担刑事责任，还应当对其授意下的这些团伙或组织所实施的犯罪承担刑事责任。第二，由于第210条已经对组建犯罪团体（犯罪组织）犯罪作出规定，所以，就不存在遗

²² 此条款修改前为：若犯罪是由紧密的有组织的集团或由有组织的集团所组成的联合组织实施的，而这些团伙或组织的设立目的是实施严重犯罪或特别严重犯罪时，则属于犯罪团体（犯罪组织）犯罪。修改之后的条款为：若犯罪是由紧密的有组织的集团或者由共同领导者及成员经营的有组织的集团的联合组织为了直接或间接地获取财产或其他物质利益实施的，而这些团伙或组织的设立目标是共同实施一个或多个严重或特别严重犯罪时，则属于犯罪团体（犯罪组织）犯罪。

²³ 这些犯罪分别是第205.4条组建和参加恐怖主义团体罪、第208条组建或参加非法武装队伍罪、第209条武装匪帮罪、第210条组建或参加犯罪团体（犯罪组织）罪、第282.1条组建极端主义团体罪。

漏处罚组建犯罪团体（犯罪组织）行为的情形。但是，分则并未将组建有组织的集团的行为单独规定为一个罪名，因此，对于行为人实施了组建有组织的集团的行为的情形，如果此时分则中没有条款对其作出规定，应当对其为了组建这个团伙而预备实施的犯罪承担责任，在这种情况下，由于有组织的集团还没有成立，自然不存在处罚领导有组织的集团的行为的问题。

对于参加有组织的集团或犯罪团体（犯罪组织）的人，主要有以下两种处罚情形：第一，对于《俄罗斯联邦刑法典》第205.4条、第208条、第209条、第210条、第282.1条有规定的情形，共同犯罪人不仅应当对参与该团伙或组织的行为承担责任，还应对其在这些团伙内部参与预备或者实施的犯罪承担刑事责任。第二，对于《俄罗斯联邦刑法典》第205.4条、第208条、第209条、第210条、第282.1条没有规定的情形，共同犯罪人仅对其在这些团伙内部参与预备或者实施的犯罪承担刑事责任。

除了以上这些对有组织犯罪集团的犯罪分子进行严厉处罚的规定外，对于参加有组织犯罪的犯罪分子，如果其能够积极协助揭露犯罪，根据《俄罗斯联邦刑法典》第64条规定，可以对他们判处比法定刑更轻的刑罚。

对于俄罗斯刑法分则中关于有组织犯罪刑事责任的特殊规定，主要有以下两方面：

第一，在分则中，俄罗斯刑法将有组织的集团作为刑法分则罪名中的加重责任情形，即当行为人以有组织的集团的形式实施了该罪时，应当承担更重的刑事责任。

例如，《俄罗斯联邦刑法典》第222条规定的非法获得、移交、销售、保管、运送或携带武器、武器的主要部件、弹药、爆炸物品和爆炸装置罪，如果这种犯罪是采用有组织的集团的形式实施的，则可能处以5年以上8年以下的剥夺自由刑，而在不具备此种情节的情况下，犯罪人只需负担3年以下的限制自由刑，或者6个月以下的拘役，或者4年以下的剥夺自由刑，同时并处罚金。

第二，在分则规定的五个有组织犯罪的具体罪名中，除了武装匪帮罪以外，俄罗斯刑法为每一个罪名的参加行为都设置了免除刑事责任的规定。具体而言，主要有以下几种情况：

其一，对于参加恐怖主义团体罪的人，如果其自愿停止参加恐怖主义团体，报告该团体的存在状况，并且其行为不再另构成其他犯罪的，应当免除刑事责任。但是，如果其是在被逮捕或者被逮捕后，在专门针对其进行的调查、诉讼以及其他诉讼活动开始时或者开始后才停止的，不能认定为自愿停止。

其二，对于参加非法武装队伍罪的人，如果其能够自愿停止参加的行为并且主动向有关机关上交其武器装备，并且其行为不再构成其他犯罪的，应当免除刑事责任。

其三，对于参加犯罪团体（犯罪组织）及其分支机构，以及有组织的集团的组织者、领导者或其他代表人员所组成的联合组织的人，如果其能够自愿停止参加行为并且积极协助揭发或者阻止这些犯罪，应当免除其刑事责任。

其四，对于参加极端主义团体的人，如果其主动停止参与极端主义团体的活动，并且其行为不再构成其他犯罪的，应当免除刑事责任。

应当注意，对于这些主动停止参与的行为，只要其符合法律规定，司法机关就应当免除刑事责任。

（三）比较与评价

1. 关于有组织犯罪共犯形式的规定

在这一问题上，俄罗斯刑法的规定显然要优于中国的刑法规定，具体而言，主要体现在以下三个方面：

第一，俄罗斯刑法在条文中明确表述了“有组织”的概念，并且对有组织的集团和犯罪团体（犯罪组织）这两种有组织犯罪共犯形式的刑事责任作出了规定。

这意味着打击有组织犯罪就具有了刑法上的根据，而且俄罗斯刑法将其作为独立的一条，对有组织犯罪不同形式的概念及其应当承担的刑事责任加以明确规定，这表明了刑法严厉打击有组织犯罪的态度。

而中国刑法则仅在总则中主犯这一部分提到了“犯罪集团”的概念，即三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织，这一规定较为笼统，并未充分体现有组织犯罪的组织性。并且我国刑法中的“犯罪集团”还是“寄居”在“共犯”这一概念之下的，判断一个犯罪组织是否构成“犯罪集团”的最终目的其实是为了认定共同犯罪人的种类是否属于主犯。这并未充分彰显打击有组织犯罪活动的独立性和必要性，并且导致打击有组织犯罪缺少刑法上的独立根据。

第二，俄罗斯刑法对于有组织犯罪不同形式的规定充分体现了有组织犯罪发展的动态特征，同时照顾到了不同法律概念之间的逻辑关系。

一方面，《俄罗斯联邦刑法典》第35条第1款、第2款、第3款、第4款分别规定了团伙犯罪、有预谋的团伙犯罪、有组织的集团实施犯罪、犯罪团体（犯罪组织）实施犯罪，其采取了以犯罪主体为标准的立场。这几种共犯形式的有组织程度存在着由小到大的关系。正如前文所述，对于团伙犯罪和有预谋的团伙犯罪，它们虽然都没有达到“有组织”的标准，但是相较于团伙犯罪来说，有预谋的团伙实施犯罪更加接近“有组织”的标准。而对于有组织的集团实施犯罪和犯罪团体（犯罪组织）实施犯罪来说，这两种共犯形式的基础是不同种类的组织犯罪集团，前者的“有组织”程度要弱于后者。²⁴

另一方面，由于有组织犯罪的发展和壮大需要经过一定时间的人员机构、财物装备、犯罪技术等方面的积累和壮大，因此，也就在发展阶段上存在一定的差异，俄罗斯刑法则充分体现了这种有组织犯罪发展的动态过程。

²⁴ 从这里也可以看出，俄罗斯刑法中的“有组织”指的是有组织犯罪主体内部结构的“有组织”，而不是实施行为的“有组织”。

相比之下，中国刑法在此方面的规定则显得较为单一，总则仅仅规定了“犯罪集团”的概念，既未根据有组织犯罪的主体的不同形态对有组织犯罪的共犯形式作出有针对性的规定，同时也没有照应到有组织犯罪的“萌芽”形态。因此，这种规定实际上是静态的、机械的，没有充分考虑到有组织犯罪发展的客观规律。

第三，从法律适用效果上看，俄罗斯刑法既可以严密法网、打击犯罪，也能够瓦解犯罪集团、保障人权。

俄罗斯刑法不仅对共同犯罪人的种类（即实行犯、组织犯、帮助犯、教唆犯）作出了规定，还在总则中对共同犯罪的形式作出了规定。这种递进性的规定符合有组织犯罪的动态规律，同时，采用这种层层收紧的方式能够指导司法机关准确认定处于不同发展阶段的有组织犯罪集团，进而使犯罪分子根据其所犯罪行为承担应有的刑事责任。并且，对于尚未达到有组织犯罪标准的团伙犯罪和有预谋的团伙犯罪，根据《俄罗斯联邦刑法典》第35条第7款的规定，也应当在法律限度内予以从重处罚，应当说，这实际上与我国惩治黑恶犯罪中“打早打小”的精神相契合。与此同时，俄罗斯刑法还在分则中设置了相应的罪名与总则的一般性规定呼应，这就为处罚有组织犯罪活动中的组织、领导、参加行为提供了充分的法律依据。

与俄罗斯刑法相比，我国刑法关于共同犯罪这一部分的规定较为单一，其实质是对共同犯罪人的种类作出划分，而没有对不同的共犯形式作出区分。据此，对于那些具有严重社会危害的有组织犯罪集团，在追究这些团伙的犯罪分子的刑事责任时，仅能够使他们对在组织、领导、参加有组织犯罪集团时实施的犯罪（比如抢劫罪、故意伤害罪、故意杀人罪）承担责任，而对于组织、领导、参加有组织犯罪集团这种行为本身，除非分则明确规定其应当承担刑事责任，否则在刑法中便不具有处罚上的直接根据，而只能从共同犯罪人所处的地位和发挥的作用中寻找根据。这体现在法律适用活动中，主要有两方面的后果：其一，由于刑法中缺少对有组织犯罪集团更进一步的界定，可能导致司法机关违背罪责刑相适应原则，对组织、领导不同有组织程度的犯罪集团的行为作出相同的判决结果；其二，对于尚未达到犯罪集团标准的团伙，由于缺少处罚他们的直接依据，只能先认定其在共同犯罪中的作用和地位，然后再决定他们的刑罚。

2. 关于分则中有组织犯罪具体罪名的规定

从分则具体罪名看，俄罗斯刑法规制的范围要更加广泛。

正如前文所述，在俄罗斯刑法分则中，有组织犯罪具体罪名涉及的范围较为全面，尤其是第210条组建或参加犯罪团体（犯罪组织）罪，其与总则规定相对应，可以规制犯罪团体（犯罪组织）实施的犯罪行为。对于不能被直接评价为这几种犯罪的行为，俄罗斯刑法同时也在其他的罪名中增加了相应的责任加重情形。

而在中国刑法中，仅仅规定了组织、领导、参加黑社会性质组织罪和组织、领导、参加恐怖组织罪，对于组织、领导、参加其他种类的有组织犯罪集团的行为，即便其具有严重的社会危害性，也无法将其评价为犯罪。与此同时，虽然部分罪名中规定了应当对犯罪集团的首要分子进行处罚，但是，这部分罪名的数量和范围极其有限，并且只对首要分子进行处罚，无法实现对有组织犯罪活动的有效打击。

从这一点也可以看出，我国存在着宽严相济的刑事政策贯彻不够的问题。必须注意，由于有组织犯罪成因的复杂性以及其发展的反复性，仅通过运动式的打击是不够的，若要将其彻底铲除，必须从制度上着手，严密刑事法网，扩大犯罪圈。

3. 关于有组织犯罪刑事责任的规定

两国刑法对于有组织犯罪的刑事责任的规定存在一定差异，具体而言，主要体现在以下四个方面：

第一，从实施组织、领导、参加行为应当承担的刑事责任的范围来看，俄罗斯刑法的规定更加明确、具体。

对于组织、领导、参加有组织的集团或犯罪团体（犯罪组织）的行为，俄罗斯刑法对犯罪分子应当承担刑事责任的范围作出了不同的规定。

而中国刑法仅概括规定了对于犯罪集团的首要分子，应当将其作为主犯按照集团全部罪行进行处罚。并且，由于我国刑法并未对参加者承担刑事责任的范围和后果作出直接规定，对于参加犯罪集团的人，只能根据其在共同犯罪中所起的作用和地位决定其应当承担刑事责任的范围，如果其在犯罪集团中积极参与、发挥主要作用，则将其作为主犯处理，如果其在犯罪活动中起到次要作用，则将其作为从犯处理。

第二，俄罗斯刑法对于不同共犯形式的刑事责任规定得更加完善、严密。

中国刑法虽然规定了首要分子的概念，但是其中只有犯罪集团的首要分子属于有组织犯罪的范畴。而在分则中，虽然首要分子在部分犯罪中是作为加重责任情节出现的，但其中主要还是关于聚众犯罪的首要分子的规定，而对犯罪集团的首要分子的规定则较少。最重要的是，对于某些可能采取有组织犯罪的方式实施的犯罪，刑法根本没有规定实施此类行为的加重责任。

而俄罗斯刑法除在总则第35条规定应当依照俄罗斯刑法并在其规定的限度内从重处罚外，在分则中，俄罗斯刑法对通常可能采用这些形式实施的犯罪，将其作为这些犯罪的加重责任情节予以规定。此类规定在俄罗斯刑法中分布较为广泛，并非个例。这种方式也使得总则和分则关于有组织犯罪的规定得以有机结合，共同发挥作用。

例如，对于前文提到的非法获得、移交、销售、保管、运送或携带武器、武器的主要部件、弹药、爆炸物品和爆炸装置罪，类似地，我国刑法第125条也规定了非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪，但是，根据我国刑法规定，一般情形下，应当对犯罪人处以三年以上十年以下有期徒刑，情节严重的，应当处以十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。根据有关司法解释的规定即《最高人民法院关

于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，此条的情节严重主要指犯罪对象数量较多或者危害后果严重的情形，而不涉及有组织犯罪方面的规定。因此，无法对利用有组织犯罪形式实施犯罪活动的行为进行有效打击。

第三，俄罗斯刑法在分则规定的五个有组织犯罪的具体罪名中，除了武装匪帮罪以外，为每一个罪名的参加行为都设置了免除刑事责任的规定。这样既有助于司法机关根据犯罪分子的客观表现和主观恶性免除其刑事责任，从而保障人权，也有利于劝告犯罪分子迷途知返，对有组织犯罪集团从内部进行分化瓦解。

相较而言，中国刑法则缺少类似的规定。对于主动停止参加黑社会性质组织、恐怖组织的人，由于其行为一旦实施即已经构成既遂，所以即便其主动停止参加该组织，也不能成立犯罪中止，并且，由于在分则中缺少明确的法律规定，公诉机关无法对其作出酌定不起诉的决定，审判机关在量刑过程中，也只能将主动退出该组织的行为作为酌定量刑情节处理。

三、中俄打击有组织犯罪的司法实务

打击有组织犯罪活动是一个系统工程，一方面，需要一个全面明确、宽严适度的刑法为打击有组织犯罪集团、预防有组织犯罪提供立法上的依据，另一方面，还需要发展、完善打击有组织犯罪方面的具体制度。因此，在这一章中将着重对中俄两国在刑事治理方面的差异进行研究。

（一）中国打击有组织犯罪的主体和措施

1. 中国打击有组织犯罪的主体

在打击黑社会性质组织犯罪方面，2006年，中央成立了打黑除恶专项斗争协调小组，并设立“打黑办”，2018年，全国设立扫黑除恶专项斗争领导小组、“扫黑办”，领导和指挥全国扫黑除恶专项斗争工作。与此同时，各省、市、县也纷纷设立扫黑除恶专项斗争领导小组、“扫黑办”。

在执行层面，虽然公安部及省级公安机关在刑事侦查部门之下设有侦查黑社会性质组织犯罪的队伍，但是其性质并非单列的办案机构。由于刑事侦查部门所辖案件范围较大，其通常将主要精力投入到普通案件的侦破当中，以致于有时无法正常运用相应的防控措施。²⁵

在打击恐怖主义犯罪方面，《反恐怖主义法》出台后，当前我国反恐怖主义体系以国家及各省市的反恐怖主义领导机构（常设）为主，其中，国家一级设立反恐怖工作领导小组，其性质为国务院议事机构，领导和指挥全国反恐怖主义工作。公安机关是反恐怖主义的基础部门、行动主体、联动主体。²⁶

2. 中国打击有组织犯罪的特殊措施

第一，在打击有组织犯罪集团的洗钱行为方面，我国刑法将明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的所得及其产生的收益而掩饰、隐瞒其来源和性质的行为明确规定为犯罪，并且在司法活动中对其进行严厉打击。

第二，对于侦查人员实施的卧底侦查（隐匿身份侦查）活动，我国法律虽然对其进行了原则性规定，但是由于缺少具体的细化规定，导致这一措施在打击有组织犯罪活动的实践过程中缺少可操作性。

第三，对于一些获取有组织犯罪集团证据的特殊技术手段，如线人侦查措施，如果想要在打击有组织犯罪活动中使用，缺乏法律上的依据。对于线人侦查，我国仅有1984年的《刑事特情侦查工作细则》，²⁷但是这一规定的性质为公安部的内部规范文件，并且距今已有三十五年，无法适应当今社会有组织犯罪活动的发展变化。

第四，缺少完善的证人及相关人员保护制度。在打击有组织犯罪的过程中，证人具有不可或缺的作用。但是，实践中经常出现的情况是，即便某个或某几个首脑型人物被抓获在案，其他人员仍然逍遥法外，这些人有时会对证人等相关人员进行打击报复，威胁他们的人身安全。然而，我国法律仅笼统规定了应当保障证人及其近亲属的安全，缺少有效的应对措施和救济措施。

（二）俄罗斯打击有组织犯罪的主体和措施

1. 俄罗斯打击有组织犯罪的主体

1988年，苏联当局在内务部下设立了首个反有组织犯罪的专门机构——第六局，专门负责打击有组织犯罪活动，这个机构在当时有效打击了苏联国内泛滥的黑社会犯罪、毒品犯罪、卖淫犯罪。苏联解体后，第六局也随之解散。随着苏联各加盟共和国的独立，1992年，俄罗斯当局在内务部下设立了反有组织犯罪总局，这一组织历经多次改革，最终在2004年成为内务部反有组织犯罪和恐怖主义司。这一机构兼具打击和预防的职能，其与各联邦管区、联邦主体的内务机构及下属的反有组织犯罪机构共同构成打击有组织犯罪专业机构体系，这一严密的专业体系使得俄罗斯的反有组织犯罪在一定程度上得到抑制，诸多有组织犯罪集团得到清除。

不过，2008年，俄罗斯颁布了第1316号总统令，其中规定，在内务部下属反有组织犯罪机构的基础上，组建反极端主义机构，同时，将原属反有组织犯罪机构的打击普通有组织犯罪的职能划归内务部下属的刑事调查机构，将打击经济型有组织犯罪的职能划归内务部下属的反经济犯罪机构。

2. 俄罗斯打击有组织犯罪的特殊措施

第一，严厉打击洗钱犯罪。洗钱罪作为一个危害极广的全球性犯罪，同恐怖主义犯罪、腐败犯罪、人口贩卖犯罪、走私犯罪、毒品犯罪等有组织犯罪集团实施的严重刑事犯罪具有高度的关联性。俄罗斯刑法将

²⁵ 莫洪宪，马献钊. 惩治有组织犯罪司法实践中的问题及对策[N]. 检察日报，2009-04-17，(2).

²⁶ 冯威. 公安机关反恐治理职责及能力建设[J]. 北京警察学院学报，2019，(2):3.

²⁷ 潘曙亮. 刑事侦查中的线人问题研究[D]. 苏州大学硕士学位论文，2010:21.

自洗钱行为和他洗钱行为均规定为洗钱罪，并且其上游犯罪的范围十分广泛，除特定罪名²⁸以外的所有刑事犯罪所有的罪名均可以构成洗钱罪。

第二，给予开展秘密侦查措施的人员充分的保障，以及一定程度的自行决定权。由于秘密侦查的特殊性，其适用的对象通常为有组织犯罪活动，一旦卧底人员身份泄露，很容易遭到有组织犯罪集团的报复，因此，在俄罗斯，如果披露涉及从事秘密侦查活动的工作人员的的信息，必须经过他们的书面同意。并且，卧底人员开展特别调查活动的时间还应当计入提供养恤金的服务年限，同时为其提供其他社会保护，免除后顾之忧。

此外，出于打入集团内部的考虑，卧底人员有时不得不与犯罪分子共同参与实施违法犯罪活动，此时如果不加区分地对他们进行处分，显然不利于卧底侦查活动的开展。因此，在保证公民的生命健康、宪法权利和合法利益以及确保社会和国家安全不受犯罪侵犯的情况下，俄罗斯法律允许正在执行行动的卧底人员可以在迫不得已的情况下损害法律所保护的利益，这实际上是赋予了卧底人员一定的自行决定的空间。

第三，对协助调查有组织犯罪的公民给予社会保护和法律保护。这种措施有利于发展线人，提高打击有组织犯罪活动的效率，进而从内部对犯罪集团进行瓦解。具体来说，主要包括三方面：其一，如果犯罪集团的成员实施了并未造成严重危害后果的违法行为，并与开展侦缉活动的机构合作，积极推动犯罪侦查活动，采用赔偿损害或者其他方式减轻损害的，应当免除刑事责任；其二，对根据协议协助执行侦缉活动的人，国家给予其与履行公务和社会义务有关的法律保护，如果他们及其家人和亲近的人的生命、健康或财产存在遭受现实侵害的危险，开展侦缉活动的机构及有义务采取必要措施，防止非法行为的发生，查明责任者并使其承担法律责任；其三，对于同侦缉机构合作，或者协助他们解决犯罪或查明犯罪者的公民，可以领取报酬和其他付款。这些人收到的报酬和其他付款金额既不征税，也不在收入申报表中注明。

第四，对有组织犯罪的证人、被害人及其他相关的人予以国家保护。国家保护主要有以下特点：其一，保护对象的范围广泛，不仅包括被害人、证人、犯罪嫌疑人、被告人、辩护人、鉴定人以及目击人、有助于侦破或预防犯罪的人等，还包括他们的近亲属及与其具有亲近关系的人；其二，保护措施齐全，国家保护共包括九种安全措施，²⁹其中具有代表性的措施是移居另外住所地、变更证件和改变容貌，在穷尽其他种类的措施仍然无法保证被保护人的安全的情况下，可以对被保护人适用这三种措施；第三，善后措施完善，如果被保护人在此过程中受到伤害乃至死亡，可以启动社会援助措施，对被保护人及其家庭成员进行援助。

（三）比较与评价

在打击有组织犯罪的具体措施方面，相较于俄罗斯，中国主要存在以下方面的不足：

首先，打击洗钱犯罪的力度不够。洗钱行为与有组织犯罪的关系十分紧密，对组织犯罪进行打击的最有效手段便是切断其资金来源。正如我国学者所言，有组织犯罪与经济的“一体化”是俄罗斯有组织犯罪合法化的特殊路径。³⁰而俄罗斯为了有效打击日益猖獗的有组织犯罪活动，将洗钱犯罪的打击范围扩大到了自洗钱行为，其上游犯罪也扩大到几乎所有犯罪。而我国洗钱罪规制的行为种类较窄。一方面，刑法规定的洗钱罪的上游犯罪的范围有限，仅有前面提到的七类犯罪。另一方面，行为人自己实施洗钱的行为（自洗钱）不能构成犯罪。因此，其结果只能是将其作为对上游犯罪进行从重处罚的酌定量刑情节。³¹

其次，卧底侦查相关制度存在缺陷。正如第二章所述，有组织犯罪的企业化、合法化趋势使得犯罪活动变得越来越隐蔽和难以查明，仅靠通常的侦查措施很难瓦解有组织犯罪集团，因此，卧底侦查也就成为一项非常有效的措施。我国虽然在2012年修订了相关法律，规定在必要时可以实施隐匿身份侦查。但是，一个重要的问题是，卧底人员伪装成犯罪分子进入集团内部，必然要同组织内的其他成员一样从事犯罪活动，比如买卖枪支毒品、组织卖淫、走私等，那么，其在加入犯罪集团后究竟可以实施哪些犯罪，我国法律并未对此作出规定，只是禁止使用可能危害公共安全或者发生重大人身危险的方法。而俄罗斯则从正面赋予卧底人员一定的自决空间。

再次，线人侦查措施缺少法律依据。对于线人侦查这种手段，我国现今仍然没有明确的法律规定，与之相关的仅有《细则》这一内部文件。但是，一方面，《细则》颁布的年代较为久远，无法适应打击有组织犯罪的需求，另一方面，由于其规定粗糙，导致我国司法实践中线人运作机制存在不规范的问题。并且，在线人权利救济程序方面，缺少对刑事豁免权、伤亡补偿权、线人报酬权的规定。在刑事豁免权方面，实践中通常只能采用技术处理的方式。³²在伤亡补偿权方面，尤其是在线人因此遭受报复导致伤亡时，其本人及亲属往往得不到相应的补偿。在线人报酬权方面，由于缺少明确依据，线人的报酬容易遭到克扣，甚至无法兑现。而俄罗斯则对这些问题作了较为完善的规定。

²⁸ 这些罪名包括第193条不从境外返还外汇资金罪、第194条逃避交纳向组织或自然人征收的海关税费罪、第198条逃避交纳向自然人征收的税费罪、第199条逃避交纳向组织征收的税费罪、第199-1条不履行税收代扣代交人的职责罪，第199-2条隐瞒组织或个体经营者应征收税费的资金或财产罪。

²⁹ 具体包括：(1) 人身保护、住所和财产保护；(2) 提供专门的个人保护措施、通讯和告知危险的专用工具；(3) 保障有关被保护人信息的机密性；(4) 移居到其他住所；(5) 变更证件；(6) 改变容貌；(7) 改变工作(服务)地或学习地；(8) 暂时置于安全地点；(9) 对处于拘押或者处于服刑地的被保护人适用安全补充措施，其中包括从一个拘押地或者服刑地转到其他拘押地或服刑地。

³⁰ 于文沛. 俄罗斯有组织犯罪及其合法化路径论析[J]. 俄罗斯中亚东欧研究, 2013, (4): 15.

³¹ 宋钰. 俄罗斯洗钱犯罪的刑法规制及其启示[J]. 学理论, 2018, (10): 135-136.

³² 如采用“另案处理”、“同案犯在逃”等方式。

最后，证人保护措施不够完善。正如前文所述，有组织犯罪集团具有人数多、区域广、手段恶劣的特点。证人担心遭到他们的报复，往往怯于参与打击有组织犯罪活动。对于证人保护这一问题，我国法律虽有相应的规定，但主要都是一些被动、消极的措施（比如不公开他们的身份信息、不暴露其生理特征、禁止特定人员与其接触等），并且技术性不强，不利于实际操作。这些措施虽然能够在一定程度上保证证人的的人身安全，但毕竟作用有限，一旦犯罪集团通过其他途径（如贿赂有关工作人员）寻得证人的信息，必定会展开报复行动。而俄罗斯则设置了较为主动、积极的保护措施，使证人得以在必要时断绝原有社会关系，开始新的生活。同时，对于证人因此遭受的伤害和损失也设置了相应的权利救济程序，从而使其没有后顾之忧，可以全力参与打击有组织犯罪的诉讼活动。此外，对于被害人、辩护人等相关人员，同样可以适用该制度。

四、启示与借鉴

通过以上的比较和分析，在刑事立法以及司法实务方面，我国可以从以下方面借鉴俄罗斯的相关做法和经验，从而强化我国打击有组织犯罪的力度。

（一）立法完善建议

1. 完善有组织犯罪的基础规定

首先，应当明确，刑法总则关于有组织犯罪的规定不宜再置于共犯种类这一部分之下，而是应当“另起炉灶”，在共同犯罪这一部分内容中采用单独的一部分对有关有组织犯罪的内容进行规定，以彰显严厉打击有组织犯罪的态度。

其次，由于我国已经加入《公约》，所以相应地，应当在刑法中作出回应，最主要的就是应当在刑法中对有组织犯罪的概念作出明确规定。同时，这也有助于我国同其他国家在打击跨国有组织犯罪方面开展国际合作。

再次，以有组织犯罪的概念为基础，对有组织犯罪的不同发展形式作出规定。有组织犯罪的发展并非一蹴而就，而是需要经过一定时间的资金积累、人员扩充、装备技术强化的动态发展过程。我国刑法应当根据有组织犯罪的不同发展阶段，确定有组织犯罪的不同存在形式，同时，对于有组织犯罪的“萌芽”阶段，即使其尚未发展成为成熟形式，但是，由于其本身具有一定的社会危害性，同时出于预防有组织犯罪的考虑，有必要对其一并规定。在具体操作时，可以参照俄罗斯刑法关于“团伙、有预谋的团伙、有组织的集团、犯罪团体（犯罪组织）实施犯罪”的规定，划分有组织犯罪的不同形式，以达到根据不同的形式确定不同的预防和惩治措施之目的。

最后，对于犯罪集团的概念，由于其规定过于笼统，并且无法直接体现“有组织”的特征，应当对其予以调整，具体可以参照《公约》中关于“有组织犯罪集团”的规定。

2. 完善有组织犯罪的具体规定

首先，增加有组织犯罪的罪名。如前所述，我国刑法中目前对有组织犯罪进行规制的具体罪名仅有组织、领导、参加黑社会性质组织罪和组织、领导、参加恐怖组织罪，其他类型的具有严重社会危害的有组织犯罪行为则无法单独成立犯罪。因此，可以在刑法分则中规定一个类似于组建或参加犯罪团体（犯罪组织）罪这样的罪名，对发展到一定程度的有组织犯罪进行规制。³³同时，在这一问题上，应当避免俄罗斯刑法的教训，做到总则规定与分则规定相一致。

其次，扩大有组织犯罪作为加重责任要件的适用范围。我国刑法明确规定应当加重处罚的犯罪集团主要有伪造货币集团，拐卖妇女、儿童集团，组织他人偷越国（边）境集团，盗掘古文化遗址、古墓葬集团，走私、贩卖、运输、制造毒品集团。而有组织犯罪发展至今，并非只有以上形式的犯罪集团存在，比如非法从事贩卖枪支、爆炸物的集团、计算机网络犯罪集团、文物犯罪集团，对于这些新出现的犯罪集团，立法机关应当根据打击有组织犯罪的新形势，在刑法中规定对这些犯罪集团予以加重处罚。此外，我国在分则罪名中仅规定了对组织、领导犯罪集团的首要分子予以加重刑罚，鉴于当前打击有组织犯罪的严峻形势，对于首要分子以外的其他参加者，也应当规定对其处以加重刑罚。

最后，在“宽”的方面，我国刑法缺少对有组织犯罪活动中情节轻微的犯罪分子予以从宽处罚或者免除刑事责任的规定。对于积极配合侦查活动、及时退出犯罪集团的犯罪分子，只能从酌定情节方面才能为其寻找到减轻刑事责任的依据。有鉴于此，有组织犯罪集团内部人员参与配合打击有组织犯罪行动的积极性大大降低。对此，我国可以借鉴俄罗斯刑法的有关规定，对于自动退出有组织犯罪集团的参加者，如果能够主动配合司法活动，并且在不另行触犯其他罪名的情况下，可以免除（减轻）他们的刑事责任，以达到对犯罪集团从内部进行瓦解之目的。

我国当前的刑事政策是宽严相济的刑事政策，但是，与俄罗斯相比，我国在有组织犯罪领域的刑法规定既不够宽，也不够严。因此，应当在借鉴俄罗斯刑法的基础上，从以上方面对我国刑事立法进行完善。诚如我国学者所言，俄罗斯刑法典值得我们关注，对我国刑事立法的完善具有重要的参考价值。³⁴

3. 制定《反有组织犯罪法》

由于刑法自身的性质，其在预防和惩治犯罪方面存在着一定的局限性，同时，鉴于当前打击有组织犯罪的严峻形势，笔者认为，我国有必要制定一部专门的《反有组织犯罪法》，作为防范和打击有组织犯罪活动的行动根据。

³³ 对于这一问题，有的学者可能会提出是否对行为进行了重复评价的疑问。不过，笔者认为，一方面，组织、领导、参加有组织犯罪集团的行为是一个应当在刑法上独立评价的行为，另一方面，其侵害了新的法益，所以不涉及重复评价的问题。

³⁴ 董玉庭，龙长海. 论中国刑事立法同苏俄、俄罗斯刑事立法的关系[J]. 学习与探索，2008，(4)：99.

在这一方面，俄罗斯《反有组织犯罪法》草案同样值得借鉴。³⁵该草案主要从基本概念和原则、反有组织犯罪主体和组织、特别预警措施、侦查活动、赔偿救济等方面对打击有组织犯罪活动作出了规定。³⁶

在实际制定时，应当结合我国当前立法状况和社会现状，重点从以下几方面着手：

第一，确立《反有组织犯罪法》的调整范围。结合刑事立法的有关规定，明确本法的预防和打击对象。

第二，明确反有组织犯罪的主体。草案明确了内务、安全、检察等机关的主体地位，并且，草案还规定了在这些主体内部应当同时设立从事打击有组织犯罪工作的专门机构，这对于我国打击有组织犯罪机构的专业化建设具有借鉴意义。

第三，确立多方面的保障措施。草案从财政、物质、信息技术等方面为打击有组犯罪提供了充足的保障，并且，其特别针对有组织犯罪的发展特点，规定在反有组织犯罪机构内部设立信息部和部门数据库，以及建立统一的跨部门有组织犯罪联邦数据库，这一做法值得我们学习。

第四，发挥《反有组织犯罪法》的预防作用。草案中规定了三种特别预警措施，即“提供社会救助和法律援助（包括劳动和日常生活领域）”、“官方警告”、“法院规定的义务”。这些措施可以帮助有关机关提前对具有从事有组织犯罪活动倾向的人进行预防。目前，我国在打击有组织犯罪方面存在着重惩治、轻预防的问题，在制定有关法律时，我国可以借鉴草案的有关规定，完善有组织犯罪预防措施体系，充分发挥专门法律的预防作用。

第五，注意与其他法律规定协调衔接。一方面，《反有组织犯罪法》应当与《刑法》相衔接，避免出现两部法律“各执一词”的局面。³⁷另一方面，我国法律体系中已有《反恐怖主义法》，同样应当避免在不同法律概念或者措施之间出现矛盾。

（二）完善刑事司法措施

在完善打击有组织犯罪的手段方面，可以参照俄罗斯的相关经验，从以下几方面进行借鉴：

第一，加大洗钱犯罪的打击力度。具体而言，可以从两方面着手。一方面，对自洗钱行为进行入罪处理。³⁸另一方面，对洗钱罪的上游犯罪进行扩容。对于除黑社会性质犯罪组织、恐怖组织以外的其他犯罪集团（如前述计算机网络犯罪集团、文物犯罪集团）的犯罪所得及其收益，如果行为人实施了掩饰、隐瞒其来源和性质的行为，应当将其作为洗钱罪予以打击。在实际操作时，可以采用空白罪状的方法，援引反洗钱法律法规中有关洗钱罪上游犯罪的规定，以保障刑法的相对稳定和反洗钱法律体系的内部协调。³⁹

第二，完善卧底侦查制度，对相关制度进行细化。明确卧底侦查措施的适用范围，给予卧底侦查人员在特定条件下自行处置的权利，强化对卧底侦查行为的监督，对卧底人员的切身权益作出保障。

第三，完善线人侦查制度。对协助调查有组织犯罪的公民给予社会保护和法律保护，规范线人侦查活动的运作机制、监督机制，明确线人在特定条件下可以免除（减轻）其刑事责任，以及其参与打击有组织犯罪活动依法获得报酬的权利和因此遭受侵害时的受救济权利。

第四，完善证人等相关人员保护制度。对于保护的主体，应当扩大至被保护人的近亲属以及与其具有亲密关系的人。同时，在具体的保护措施方面，应当由消极、被动型措施转为积极、主动型措施，采用多种途径，保护证人等参与打击有组织犯罪行动的人员免遭打击报复。至于具体增加哪些保护措施，可以借鉴俄罗斯的相关制度，同时考虑我国现阶段的人力、财力、物力条件。此外，对于证人等相关人员因此遭受人身损害的问题，还可以建立社会救助基金，设立相应的社会援助措施。

结论

中国与俄罗斯国土相邻，两国都经历了剧烈的社会变革，也都面临着相似的困境，而且俄罗斯所经历的社会转型以及其面临的有组织犯罪问题要比中国更加严峻。在有组织犯罪方面，俄罗斯已经形成了专业的有组织犯罪集团，同我国境内的犯罪集团相比，它们显然更加的专业化和组织化。一方面，从警示的角度看，这种情况是由该国政治环境、历史环境、经济环境等多方面因素共同造成的，通过研究它们的产生与发展，可以使得我们避免俄罗斯走过的弯路。另一方面，从借鉴的角度看，俄罗斯国内学界对于有组织犯罪的防治有着更加深入的研究，两国在法律传承和刑法理论方面也有着一定的相同之处。通过对俄罗斯防治有组织犯罪的经验进行研究、学习，可以使我们更好地利用“他山之石”，打磨好我们本土有组织犯罪防治的这块“璞玉”，从而更加高效地预防和惩治我国的有组织犯罪。

³⁵ 虽然由于种种原因，该草案最终并未成功转化为联邦法律，但是，其中的许多规定对于我国当前反有组织犯罪法律体系的完善仍具有重要的借鉴意义。

³⁶ Проект федерального закона “О борьбе с организованной преступностью” // URL: <http://crimas.ru/?p=1555.2019-03-23>.

³⁷ 例如，在有组织犯罪集团的类别的问题上，该草案基于犯罪学的立场将有组织犯罪集团划分为有组织的集团、匪帮、犯罪组织、犯罪集团，从犯罪学内部理论上讲，这种划分具有合理性，但从立法论的角度看，其与刑法规定相冲突，同时也使得草案与刑法无法在打击犯罪的问题上有效衔接。因此，对于不同法律之间衔接的问题，尤其应当引起注意。

³⁸ 对于自洗钱行为不独立成罪的原因，有观点认为自洗钱行为是一种共罚的事后行为，对于这种观点，笔者不能予以认同。因为自洗钱行为在实施原有上游犯罪行为以后明显又侵害了新的法益。

³⁹ 宋钰. 俄罗斯洗钱犯罪的刑法规制及其启示[J]. 学理论, 2018, (10): 136.

Правовое регулирование противодействия кибертерроризму в условиях четвертой промышленной революции

Legal Regulation of Countering Cyberterrorism in the Context of the Fourth Industrial Revolution

Н. Г. Жаворонкова,
заведующий кафедрой
экологического и природоресурсного права
Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
доктор юридических наук, профессор
zavoron49@mail.ru

Ю. Г. Шпаковский,
профессор кафедры
экологического и природоресурсного права
Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
доктор юридических наук, профессор
yurii-rags@yandex.ru

N. G. Zavoronkova,
Doctor of Law, Associate professor,
Head of Ecological and
Natural Resources Law Department
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

Y. G. Shpakovskii,
Doctor of Law, Professor of the
Ecological and Natural Resources Law Department
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

© Н. Г. Жаворонкова, Ю. Г. Шпаковский, 2020

Аннотация. Проблема обеспечения кибербезопасности в условиях ускоренного внедрения цифровых технологий в деятельности систем государственного управления и бизнеса является актуальной. Авторами показано, что разработка и внедрение цифровых технологий в России должны проводиться с учетом необходимости обеспечения национальной безопасности.

Ключевые слова: цифровая экономика, цифровизация, национальная безопасность, чрезвычайные ситуации, кибертерроризм.

Abstract. The Problem of ensuring cybersecurity in the context of accelerated implementation of digital technologies in the activities of public administration and business systems is relevant. The authors show that the development and implementation of digital technologies in Russia should take into account the need to ensure national security.

Keywords: digital economy, digitalization, national security, emergencies, cyberterrorism.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.160-166

Многие страны, в том числе и Россия, считают цифровую экономику ключевым элементом стратегии развития на ближайшие годы. Действительно, распространение нового технологического уклада кардинальным образом меняет всю систему управления глобальными социально-экономическими процессами.

В современном мире стремительное развитие мировых информационных технологий, повсеместное применение методов электронного управления большинством технологических процессов послужило фактором для появления нового вида терроризма — электронного терроризма (кибертерроризма), проявляющегося

в несанкционированном вмешательстве в работу телекоммуникаций, программного обеспечения, изменении компьютерных данных. Эти действия могут вызывать нарушение работы ключевых элементов инфраструктуры государства, экономики и создают опасность для жизни людей, экономического ущерба или иных опасных последствий. Отечественный и зарубежный опыт свидетельствует, что экономический ущерб от таких действий может быть весьма значительным или даже критическим для крупных предприятий и компаний.

Примеров кибератак немало. Достаточно обратиться к событиям весны 2020 г. в России. DDoS-атака на сайт Мэрии Москвы (mos.ru) в апреле 2020 г. шла в том числе из-за рубежа. Это привело к серьезным сбоям в оформлении электронных пропусков москвичей, которые необходимы для перемещения по столице. По мнению экспертов, атаки на портал Мэрии или попытки его взлома могут быть связаны с попыткой злоумышленниками завладеть данными москвичей или с тем, чтобы дезорганизовать работу Мэрии Москвы¹.

В современном мире создаются объективные условия для роста киберпреступности и кибертерроризма. Это связано с проблемами четвертой промышленной революции. С одной стороны, становится возможным появление частных трансграничных систем управления экономическими, социальными и политическими процессами, затрагивающими национальные интересы государств и их объединений. Основу для таких систем обеспечивают глобальные социально-информационные, торгово-информационные сети и криптовалюты, интернет вещей и прочие обезличенные информационные средства совершения транзакций, выводящие международную торговлю и финансы за пределы национальных юрисдикций. С другой стороны, появляются новые возможности тотального контроля в глобальном масштабе².

Выход один — внедрять инновации с осторожностью, поскольку любая технология представляет собой риск с точки зрения кибербезопасности.

В настоящее время в Государственной Думе рассматривается законопроект об экспериментальном правовом режиме для внедрения технологий искусственного интеллекта в Москве³. Законопроект предусматривает проведение в Москве эксперимента по установлению с 1 июля 2020 г. специального правового режима «в целях создания необходимых условий для разработки и внедрения технологий искусственного интеллекта,

а также последующего использования результатов его применения». Условия, требования, порядок разработки, создания, внедрения и реализации технологий искусственного интеллекта, а также механизм обработки обезличенных персональных данных будут регламентироваться Правительством Москвы. Цель эксперимента — кардинально упростить условия для компаний — разработчиков искусственного интеллекта и установить понятные и четкие правила развития технологий на его основе. Искусственный интеллект легко работает с огромными массивами данных, в том числе помогая принимать решения и освобождая людей от рутинных задач. При этом многие аспекты применения технологии сегодня законодательно не урегулированы. Учитывая, что искусственный интеллект способен к самообучению и делает это быстрее, чем человек, скорость появления новых цифровых решений будет только увеличиваться.

Москва выбрана для проведения эксперимента как лидер по внедрению высоких технологий в России, так как внедрение искусственного интеллекта происходит во многих сферах: с его помощью, например, в столице уже тестировали возможность выявления рака легких у пациентов⁴.

В марте-апреле 2020 г. в России, как и во многих странах мира сложилось непростая ситуация в связи с эпидемией коронавируса. Сложность обстановки диктует требования обеспечить в условиях карантинных мероприятий дистанционную работу многих сфер деятельности: образования, экономики, государственного управления и других с использованием элементов искусственного интеллекта.

В чем специалисты видят опасность? У России нет своей собственной элементной базы, ничего не производится отечественного для того, чтобы собирать искусственный интеллект. Россия все закупает у западных партнеров, которые в любой момент могут стать противниками. В этом определенный риск. В России в подавляющем большинстве сфер используются исключительно иностранные программные продукты, в которых может быть скрытно заложена возможность дистанционного отключения. Огромное количество людей в России пользуется устройствами компании «Apple», которая в критический момент может дистанционно заблокировать выпущенные гаджеты. Иностранные компании имеют возможность отслеживать «посещения граждан в социальных сетях», отслеживают даже работу человека

¹ URL: <http://yandex.ru/search/?lr=213&clid=2363721-92&win=419&text>.

² Харичкин И. К. Проблемы обеспечения национальной безопасности в условиях становления цифровой экономики в России // Аллея науки. 2017. № 6 [22].

³ URL: <http://tass.ru/ekonomika/7895645>.

⁴ URL: <http://www.rbc.ru/newspaper/2020/02/10/5e3c44b99a7947e1a97fb230>.

на клавиатуре. Это дает возможность собирать обширные сведения. В условиях эпидемии, при дистанционной работе большинства структур, имеется возможность собирать обширные сведения и данные. Собственно на этом и базируется механизм компьютерного терроризма.

В научной литературе понятие «компьютерный терроризм» («кибертерроризм») рассматривается как использование компьютерных и телекоммуникационных технологий (прежде всего Интернета) в террористических целях. Большинство авторов в понятие «кибертерроризм» вкладывают комплекс незаконных действий в киберпространстве, создающих угрозу государственной безопасности, личности и обществу. Основной целью кибертерроризма является влияние на решение социальных, экономических и политических задач.

Некоторые исследователи выделяют различные способы для совершения кибератак:

- незаконный доступ к засекреченным данным государственного и военного характера, банковским данным и персональной информации;
- нанесение ущерба элементам, составляющим киберпространство, например разрушение энергетических сетей, создание помех, внедрение вирусных программ для разрушения аппаратных средств;
- кража, повреждение, уничтожение важной информации, программных комплексов путем взламывания защиты, распространения компьютерных вирусов;
- раскрытие и шантаж публикацией секретной информации;
- захват защищенных каналов средств массовой информации, преследующий цель дезинформации, демонстрации силы террористов и объявления требований;
- уничтожение, манипулирование линиями связи и т.д.

Особую проблему и обеспокоенность вызывает уязвимость компьютерных систем управления инфраструктурой жизнеобеспечения (транспорт, атомные электростанции, водоснабжение и энергетика), подключенных к Интернету.

За последние несколько лет «цифровой» тренд оказал значительное влияние на мировое развитие. Многие зарубежные компании уверенно идут по пути цифровизации бизнеса. В этом плане для России цифровые технологии абсолютно актуальны как для компаний, так и для страны в целом. Смена парадигмы глобального экономического

развития, переход к очередному технологическому укладу, кардинальная смена организации промышленного производства объективно приведут к формированию экономики, которая откроет новые направления экономического роста, повысит экономическую эффективность производства и расширит возможности потребления, создавая новые сферы экономической деятельности⁵.

Уникальность четвертой промышленной революции (Industry.4.0), заключается не только в темпах развития и широком охвате, но и в растущей гармонизации и интеграции большого количества различных научных дисциплин и открытий. Другими словами, особенность Industry.4.0 — формирование цифровой экономики, нового уклада жизни и новой основы для развития всего общества.

Анализируя изменения, продуцируемые четвертой промышленной революцией, ряд ученых разделяют их на пять критических моментов и последующих состояний: переломный момент, положительный эффект, отрицательный эффект, неопределенный эффект и глубинное изменение в действии. Это свидетельствует о том, что в настоящее время «отсутствует также последовательная, позитивная концепция на глобальном уровне, которая могла бы определить возможности и вызовы четвертой промышленной революции для предотвращения негативной реакции общества на происходящие кардинальные изменения⁶.

Указом Президента РФ от 7 мая 2018 г. № 204 «О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации на период до 2024 года» определено, что при реализации национальной программы «Цифровая экономика Российской Федерации» необходимо уже к 2024 г. обеспечить создание системы правового регулирования цифровой экономики, основанного на гибком подходе в каждой сфере.

Программой «Цифровая экономика Российской Федерации» к базовым направлениям отнесены нормативное регулирование, кадры и образование, формирование исследовательских компетенций и технических заделов, информационная инфраструктура и информационная безопасность⁷. Основная цель — сформировать новую регуляторную среду, обеспечивающую благоприятный правовой режим для возникновения и развития современных технологий и цифровой экономики, предусматривающую:

- создание постоянно действующего механизма управления изменениями и компетенциями

⁵ Жаворонкова Н. Г., Шпаковский Ю. Г. Экологические и энергетические проблемы четвертой промышленной революции: правовые аспекты // *Lex russica*. 2019. № 10 (155). С. 53—62.

⁶ См., например: Жаворонкова Н. Г., Шпаковский Ю. Г. Экологические и энергетические проблемы четвертой промышленной революции; *Они же*. Правовые аспекты обеспечения экологической безопасности топливно-энергетического комплекса современной России // *Нефтяное хозяйство*. 2015. № 8. С. 122—124.

⁷ Распоряжение Правительства РФ от 12 февраля 2019 г. № 195-р.

(знаниями) в области регулирования цифровой экономики;

- снятие ключевых правовых ограничений и создание отдельных правовых институтов, направленных на решение первоочередных задач формирования цифровой экономики;
- формирование комплексного законодательного регулирования отношений, возникающих в связи с развитием цифровой экономики;
- принятие мер, направленных на стимулирование экономической деятельности, связанной с использованием современных технологий, сбором и использованием данных;
- формирование политики по развитию цифровой экономики на территории Евразийского экономического союза, гармонизацию подходов к нормативному правовому регулированию, способствующих развитию цифровой экономики на пространстве Евразийского экономического союза;
- создание методической основы для развития компетенций в области регулирования цифровой экономики.

В рамках реализации Указа Президента РФ от 7 мая 2018 г. № 204 «О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации на период до 2024 года», в том числе с целью решения задачи по обеспечению ускоренного внедрения цифровых технологий в экономике и социальной сфере, Правительством РФ на базе программы «Цифровая экономика Российской Федерации» сформирована национальная программа «Цифровая экономика Российской Федерации», утвержденная протоколом заседания президиума Совета при Президенте РФ по стратегическому развитию и национальным проектам от 4 июня 2019 г.

Национальная программа «Цифровая экономика Российской Федерации» содержит разделы: «Нормативное регулирование цифровой среды», «Кадры для цифровой экономики», «Информационная инфраструктура», «Информационная безопасность», «Цифровые технологии», «Цифровое государственное управление»⁸.

Следует заметить, что повышение цифровизации всех сфер экономики и жизнедеятельности государства объективно предполагает зависимость устойчивости функционирования этих сфер от кибератак.

Кибератаки могут воздействовать на информационное пространство компьютера, в котором находятся сведения, хранятся материалы фи-

зического или виртуального устройства. Атака обычно поражает носитель данных, специально предназначенный для их хранения, обработки и передачи личной информации пользователя. Усиление тенденции взаимодействия всех типов инфраструктуры отражает рост потенциально-го числа точек проникновения атак в объекты, ставшие жизненно важными для современного общества.

Один из самых печально известных случаев кибератаки на критическую инфраструктуру за всю историю — это Stuxnet. Предположительно это была согласованная атака американских и израильских спецслужб, направленная на срыв ядерной программы Ирана. Этот случай стал катализатором, который заставил мировую общественность узнать о разновидностях угроз⁹.

В результате подобных атак, помимо всего прочего, могут быть похищены технические характеристики объектов критической инфраструктуры и огромный объем других критически важных данных. Это означает необходимость принятия специальных мер защиты такой инфраструктуры.

Следует заметить, что для экономики любого современного государства характерна высокая зависимость от деятельности ТЭК. И чем экономически более развито государство, тем больше оно зависит от деятельности и надежности функционирования объектов ТЭК. Сложность современных технологических цепочек, их взаимозависимость можно проследить на крупнейших энергетических авариях.

Для Российской Федерации проблемы аварийности ТЭК актуальны. Если в небольших городах, сельских районах нашей страны к проблемам отключения электричества привыкли, особенно в летний период: из-за гроз, ураганов происходят обрывы ЛЭП, то для крупных городов и мегаполисов энергетические аварии — крупная чрезвычайная ситуация.

Наибольшую опасность представляют системные аварии, характеризующиеся выходом из строя объектов критически важных объектов энергетики с серьезными последствиями для населения и объектов экономики (блэкауты). В России самый крупный блэкаут имел место 25 мая 2005 г. в Москве, в результате него была отключена подача электроэнергии не только в столице, но также в Тульской, Калужской и Рязанской областях. Несколько десятков тысяч человек оказались заблокированы в остановившихся поездах московского метро и лифтах, было нарушено железнодорожное

⁸ Паспорт национальной программы «Цифровая экономика Российской Федерации», утвержденный президиумом Совета при Президенте РФ по стратегическому развитию и национальным проектам; протокол от 24 декабря 2018 г. № 16; протокол заседания президиума Правительственной комиссии по цифровому развитию, использованию информационных технологий для улучшения качества жизни и условий ведения предпринимательской деятельности от 28 мая 2019 г. № 9.

⁹ URL: <http://pcpro100.info/samye-krupnye-kiberataki/>.

сообщение, парализована работа многих коммерческих и государственных организаций.

Следует заметить, что за последнее десятилетие в энергосистемах мира произошло более четырех десятков крупных системных аварий.

Причины этих чрезвычайных ситуаций разные, но остается фактом, что инициирование системных аварий вследствие незаконных вмешательств в деятельность объектов ТЭК является вполне возможной реалией сегодняшнего дня¹⁰. С точки зрения кибертерроризма объекты ТЭК являются наиболее важными, так как особенности последствий компьютерных террористических актов на этих объектах состоят в массовом характере поражающего воздействия (в отношении большого числа людей, на значительных территориях), а также возможности наступления многоплановых разрушительных и дестабилизирующих последствий как регионального, так и глобального характера, например инициирование сбоя в работе системы аварийной защиты реактора на АЭС¹¹.

В этой связи важно, что Стратегия национальной безопасности России основным содержанием энергетической безопасности определяет устойчивое обеспечение спроса достаточным количеством энергоносителей стандартного качества, эффективное использование энергоресурсов путем повышения конкурентоспособности отечественных производителей, предотвращение возможного дефицита топливно-энергетических ресурсов, создание стратегических запасов топлива, резервных мощностей и комплектующего оборудования, обеспечение стабильности функционирования систем энерго- и теплоснабжения¹².

На сегодняшний день Федеральный закон от 21 июля 2011 г. № 256-ФЗ «О безопасности объектов топливно-энергетического комплекса» установил организационные и правовые основы в сфере обеспечения безопасности объектов ТЭК в Российской Федерации, за исключением объектов атомной энергетики, в целях предотвращения актов незаконного вмешательства, определил полномочия федеральных органов государственной власти и органов государственной власти субъектов РФ в указанной сфере.

Важным является анализ зарубежного опыта в рассматриваемой сфере. Так, в США к проблеме кибертерроризма подходят двояко. Его рассматривают как угрозу общественной безопасности

и угрозу национальной безопасности. Для борьбы с угрозой общественной безопасности власти стремятся проводить такую политику, которая позволяет минимизировать общий ущерб от кибертерроризма, где затраты определяются как сумма последствий успешных терактов и ресурсов, необходимых для их предотвращения. Но в борьбе с угрозами национальной безопасности экономические вопросы отходят на второй план. С такими угрозами в США борются системно и на высоком уровне, выделяя для этого столько ресурсов и средств, сколько себе может позволить государство. Реакция США на события «9/11» как раз и есть реакция на угрозу национальной безопасности.

В Китае в борьбе с киберпреступностью используют несколько мер и средств. Так, в 2015 г. были приняты законодательные акты: о национальной безопасности КНР, о безопасности в Интернете, о борьбе с терроризмом. Согласно принятым законодательным актам правительство КНР обеспечивает гарантии по выявлению различных видов террористической информации на просторах Сети. Граждане и общественные организации также вовлечены в борьбу с неправомерными действиями кибертеррористов. Так, например, во время Олимпиады в Пекине 2008 г. была запущена система поощрений граждан за предоставление какой-либо информации о возможных терактах. Также используются специальные технологии, которые помогут фиксировать и вычислять потенциальные угрозы: увеличение числа камер видеонаблюдения, защита критических технологий (производство нефтепродуктов, химически опасных веществ и проч.).

Согласно китайским законам операторы интернет-ресурсов несут ответственность за легитимность информации.

В России в борьбе с кибертерроризмом важное значение имеет организационный механизм выявления этих преступлений. Главная роль в противодействии преступлениям в сфере компьютерной информации отводится ФСБ России и МВД России, в структуре которых имеются специальные подразделения. Так, в интересах противодействия кибертерроризму приказом директора ФСБ России в 2018 г. был создан Национальный координационный центр по компьютерным инцидентам (НКЦКИ)¹³.

¹⁰ Жаворонкова Н. Г., Шпаковский Ю. Г. Конституционно-правовые аспекты обеспечения энергетической безопасности России // Право и государство: теория и практика. 2016. № 1 (133).

¹¹ Шпаковский Ю. Г. Организационно-правовые проблемы обеспечения безопасности и защищенности критически важных объектов // URL: <http://lib.secuteck.ru/articles2/Regandstan/organizatsionno-pravovye-problemy-obespecheniya-bezopasnosti-i-zaschischnosti-kriticheski-vazhnyh-obektov>.

¹² Указ Президента РФ от 31 декабря 2015 г. № 683 "О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации".

¹³ Приказ Федеральной службы безопасности Российской Федерации от 24.07.2018 № 366 "О Национальном координационном центре по компьютерным инцидентам" (зарегистрирован 6 сентября 2018 г. № 52109).

Центр является составной частью сил, предназначенных для обнаружения, предупреждения и ликвидации последствий компьютерных атак и реагирования на компьютерные инциденты. НКЦКИ, согласно приказу, имеет право направлять уведомления и запросы субъектам критической информационной инфраструктуры, а также другим органам и организациям, в том числе иностранным, по вопросам, связанным с обнаружением, предупреждением и ликвидацией последствий компьютерных атак и реагированием на компьютерные инциденты.

Серьезность кибертеррористической угрозы не может игнорироваться ни Россией, ни другими странами. Комплексная реализация соответствующих мер в России будет способствовать обеспечению международной безопасности от кибертеррористических угроз, а также защите интересов государства, общества, личности. Особенно это актуально сейчас, когда Россия стоит на пороге формирования нового цифрового уклада жизнедеятельности. Внедрение цифровых технологий в сферу безопасности — это процесс необратимый.

В рамках реализации программы цифровой экономики будут меняться характер и структура управленческих процессов в сфере безопасности, какие-то рутинные процедуры будут уходить, заменяться искусственным интеллектом, роботами. Кроме того, генерирование больших объемов информации приводит к появлению большого количества киберрисков. И все возникающие проблемы, такие как нормативное правовое регулирование, требуют скорейшего решения.

По нашему мнению, в этой связи требуют реализации следующие направления:

Разработка и реализация концепции первоочередных мер по совершенствованию правового регулирования в сфере компьютерной безопасности в рамках развития цифровой экономики. Необходимо определить: перечень ключевых действующих правовых ограничений, препятствующих цифровизации в сфере безопасности, и обосновать предложения по их устранению.

Принятие нормативных правовых актов, устраняющих ключевые правовые ограничения в отдельных отраслях законодательства, препятствующие развитию цифровизации сферы безопасно-

сти в рамках цифровой экономики. По мнению В. А. Вайпана, «новая регуляторная среда должна быть нацелена на создание правовых условий для формирования единой цифровой среды доверия, позволяющей обеспечить участников управленческого процесса средствами доверенных цифровых дистанционных коммуникаций»¹⁴. При этом для формирования единой цифровой среды доверия В. А. Вайпан предлагает нормативно закрепить такие вопросы, как удаленное подтверждение личности, правовое признание электронного взаимодействия и др.

Цифровизация управленческой деятельности как в режиме повседневной деятельности, так и в режиме «чрезвычайной ситуации», «чрезвычайного положения». Это потребует перестройки и замены аналоговых (физических) систем сбора и обработки данных об обстановке при чрезвычайной ситуации технологическими системами. В широком смысле — это процесс переноса в цифровую среду функций и деятельности управленческих процессов, ранее выполнявшихся людьми и организациями. Это потребует внесения изменений и дополнений в ряд федеральных законов, а также нормативных правовых актов Правительства РФ, регламентирующих деятельность в области национальной, экономической, информационной, экологической безопасности. В этих законодательных и иных нормативных правовых актах должны найти отражение вопросы формирования современных благоприятных правовых условий для внедрения в управленческий процесс аддитивных технологий, технологий блокчейн, технологий больших данных (big data), технологий Всеобщего интернета («интернета всего», the Internet of Everything), интернета вещей (Internet of Things), технологий виртуальной реальности (virtual reality, VR, искусственная реальность), технологий искусственного интеллекта и др.

В заключение следует отметить, что внедрение технологий цифровой экономики в сферу безопасности — это процесс необратимый. Масштаб и размах происходящих изменений объясняют остроту восприятия деструктивных инноваций на сегодняшний момент. И это потребует принятия серьезных решений и масштабных программ защиты информационной среды от кибертеррористической угрозы.

¹⁴ Вайпан В. А. Основы правового регулирования цифровой экономики. 6 января 2018 г. // URL: <http://отрасли-права.рф/article/26874>.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Жаворонкова Н. Г., Шпаковский Ю. Г. Конституционно-правовые аспекты обеспечения энергетической безопасности России // Право и государство: теория и практика. — М., 2016. — № 1 (133).
2. Жаворонкова Н. Г., Шпаковский Ю. Г. Новая Доктрина энергетической безопасности России: вопросы стратегического планирования // Проблемы национальной стратегии. — 2019. — № 4.
3. Жаворонкова Н. Г., Шпаковский Ю. Г. Правовые аспекты обеспечения экологической безопасности топливно-энергетического комплекса современной России // Нефтяное хозяйство. — 2015. — № 8. — С. 122—124.
4. Жаворонкова Н. Г., Шпаковский Ю. Г. Правовые проблемы антитеррористической защиты объектов ТЭК современной России // Противодействие терроризму: проблемы XXI века. — 2011. — № 4.
5. Жаворонкова Н. Г., Шпаковский Ю. Г. Цифровизация в сфере экологической безопасности: административно-правовые аспекты // Юрист. — 2019. — № 4.
6. Жаворонкова Н. Г., Шпаковский Ю. Г. Экологические и энергетические проблемы четвертой промышленной революции: правовые аспекты // Lex russica. — 2019. — № 10 (155). — С. 53—62.
7. Степанов О. А. Противодействие кибертерроризму в цифровую эпоху : монография. — М., 2020.
8. Шваб К. Четвертая промышленная революция. — М. : Эксмо, 2016.

“一带一路”背景下中、俄企业跨境投资的法律风险 防控研究¹

Исследование по контролю над рисками на китайских и российских предприятиях с помощью правового регулирования трансграничных инвестиций в рамках инициативы «Пояс и путь» The Research on the Chinese and Russian Enterprises' Risk Controlling By the Legal Prevention of Cross-Border Investment, Under the Background of “the Belt and Road Initiative”

庞冬梅

河南大学法学院知识产权学院

王广龙

俄罗斯西伯利亚联邦大学法学院

pangdongmei71@163.com

Пан Дунмэй,

доктор юридических наук, профессор Юридического института,
Института интеллектуальной собственности Хэнаньского университета,
директор Китайско-российского центра сравнительного правоведения,
почетный ученый «Хуанхэ»

Ван Гуанлун,

обучающийся в Юридическом институте Сибирского федерального университета

Pan DUNGMEI,

Doctor of Law, Professor, Law School,
Institute of Intellectual Property, Henan University (PRC);
Head of the China-Russian Center of Comparative Law
“Huang-He” Honorary Scientist

Wang GUANGLONG,

Student, Law Institute, Siberian Federal University

© Пан Дунмэй, Ван Гуанлун, 2020

摘要: “一带一路”倡议背景下，中俄两国不断采取措施扩大合作领域，提高务实合作水平，中国企业逐渐成为俄罗斯各联邦主体经济领域的主要投资主体。中俄两国文化背景、民族意识、社会经济制度、立法规定与司法操作等领域存在着巨大差异，因此，“一带一路”背景下，我国对俄各领域的投资与合作面临着程度不同的法律风险。针对“一带一路”背景下我国涉俄投资、合作领域可能面临的法律风险的评估，在借鉴已有法律风险规避措施的基础上，建议以中俄两国政府、行业协会、涉外企业为主导，以中俄现有法律服务机构（包括律所、法律服务平台等）所提供的专业法律服务为实质内容，构建法律风险综合防控机制，以切实保障对俄投资者及在俄华商的合法权益。

关键词: 一带一路 法律风险 解决机制

Abstract. Under the context of “The Belt and Road Initiative”, China and Russia have continuously taken measures to expand the scope of cooperation and increase the level of practical cooperation. Chinese enterprises have gradually become the main investment entities in the main economic sectors of the Russian Federation. There are huge differences in the cultural background, national consciousness, social and economic systems, legislative provisions, and judicial operations between China and Russia. Therefore, under the context of “The Belt and Road Initiative”, China’s investment and cooperation in various fields in Russia face different degrees of legal risks. Under the context of “The Belt and Road

¹ 本文系2016年度国家社会科学基金重点项目《俄罗斯刑法总则制度研究》的阶段性成果之一，项目批准号：16AFX008。另外，本文还得到了河南大学哲学社会科学重大项目培育计划“当代俄罗斯刑法学研究”（2019ZDXM005）的支持。

Initiative”, the assessment of the legal risks that China may face in Russia’s investment and cooperation areas will be based on existing legal risk mitigation measures. It is proposed that Chinese and Russian governments, industry associations, and foreign-related enterprises should be the leading companies. The professional legal services provided by the existing Chinese and Russian legal service agencies (including law firms, legal service platforms, etc.) are the substance of the content, and a comprehensive legal risk prevention and control mechanism is established to effectively protect the legitimate rights and interests of investors and company in Russia.

To build and operate a scientific and efficient legal guarantee system under the leadership of the government, in order to provide a relatively stable and predictable legal environment for Russian-invested enterprises and Russian-Chinese company, in order to ensure the legitimate and regular operation and development of Chinese-funded enterprises in Russia. In the process of encouraging domestic enterprises to “go global”, the Chinese government must strengthen the training and guidance of their business philosophy and legal awareness, and to establish and improve the legal system of overseas investment. China and Russia should strengthen the improvement of domestic legislation on the basis of signing multilateral and bilateral investment agreements so as to better implement the contents of the agreements and adapt to the development trend of economic globalization as soon as possible. In addition, the Chinese government should improve the consular protection system for Chinese-funded enterprises and Russian-Chinese company, solve the many difficulties and unpredictable legal risks encountered by Chinese-funded enterprises in Russia through various ways, strengthen the guidance of Chinese-funded enterprises and their employees in the legal operation and guide them to deal with Russia well. The relationship between the local residents respects the religious beliefs and local customs of Russian citizens.

The judicial organs of China and Russia should improve the ability of law enforcement in foreign countries, improve their professional level and foreign language ability, actively play the trial function, and deal with all kinds of disputes arising from the economic and trade cooperation between China and Russia, so as to provide direct protection for the construction of “The Belt and Road Initiative”. With the further deepening of Sino-Russian cooperation in economic and trade fields, energy development, scientific and technological exchanges and investment fields, more and more complex legal disputes have arisen in various fields. In dealing with these disputes, the judicial organs of China and Russia should pay special attention to the issue of Sino-Russian jurisdiction concerning foreign affairs. We must strictly abide by the applicable laws and the provisions of China’s concluding treaty, exercise jurisdiction in accordance with the law, and provide judicial protection for the advancement of “The Belt and Road Initiative” construction.

All trade associations in the Mainland of China should actively carry out docking activities with local trade associations and Chinese Chambers of Commerce in Russia. At the same time, they should combine the resources of Chinese embassies and consulates in Russia to provide comprehensive information services for Chinese enterprises investing in Russia and establish a complete “The Belt and Road Initiative” database to collect relevant information systematically. Russian law amendment, economic and political environment changes and other information to help Chinese enterprises understand the Russian legal, cultural and political and economic environment.

Strengthen the awareness of legal risk prevention of Chinese-funded enterprises in Russia, establish the concept of modern operation and management, and fulfill their social responsibilities, so as to deal with the legal risks in the fields of environment, taxation and intellectual property that may arise in the operation of enterprises. Chinese-funded enterprises and Russian-Chinese company in the process of signing and fulfilling contracts must pay attention to the agreement of dispute settlement mechanism between the two sides. In case of contract disputes or other conflicts, enterprises themselves can start litigation or arbitration procedures in accordance with the law, which can not only solve disputes quickly, but also effectively protect their legitimate rights and interests. The reason why Chinese enterprises failed to invest in Russia is mostly due to the inadequacy of previous work. Enterprises should make due diligence before investing in projects in Russia, strengthen the investigation and Research on Russian domestic laws and regulations, economic policies and related investment environment, fully understand various laws and regulations related to investment projects, and evaluate the commercial risks and legal risks that the proposed investment projects may face in advance. To formulate risk prevention and response plans, and try to avoid the blind obedience of investment in Russia. In the process of post-investment project operation, the management of enterprises should be strengthened, the corresponding risk assessment mechanism should be established, the compliance review of project operation should be conducted at any time, and the collection of information on the revision of Russian laws and regulations, project operation and market operation should be strengthened in order to improve the ability to cope with possible risks. In order to minimize the legal risk of investment projects.

Give full play to the role of professional legal service institutions such as judicial administrative organs, law firms and legal platforms in China and Russia, so as to provide high-quality and efficient legal services for the construction of “The Belt and Road Initiative”. In the process of building the “one belt and one road” process, the judicial administrative organs of China and Russia should give full play to the role of direction, coordination and coordination, and actively promote the professional legal service workers of law firms and legal service platforms to participate in the research and demonstration of various Russian projects, and provide targeted and practical legal advice and suggestions. Help Chinese enterprises to participate in “The Belt and Road Initiative” in Russia and help enterprises prevent legal risks.

During the advocacy of “The Belt and Road Initiative”, we actively carry out academic exchanges and business cooperation between Chinese and Russian law schools and legal research institutions, and employ targeted training and mutual introduction of legal talents. Bilingual legal talents, establish a high-end legal talent pool.

In short, “The Belt and Road Initiative” provides a good opportunity for Chinese enterprises to “go out”. As the main body of “The Belt and Road Initiative”, Chinese enterprises must establish modern management concepts in the field of investment and cooperation with Russia, do business risk management and legal risk assessment, abide by the local laws and regulations of Russia, pay close attention to the policy changes of all levels of government in related fields, and actively implement enterprises. The industry should shoulder the social responsibility of Taxation and environmental protection, strive to gain an advantage in the fierce competition and strive to integrate into the Russian local society as soon as possible.

Keywords: “One Belt And One Road”; Legal risks; The prevention and control mechanism.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.167-174

引言

“丝绸之路”于中国秦汉时期即是沟通东西方经济文化交流的重要桥梁。2013年，中国政府提出共建丝绸之路经济带以及21世纪海上丝绸之路倡议，受到世界各国的极大关注。2015年3月，国务院授权发改委、外交部和商务部联合发布《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》，继续推动与沿线各国共建“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”（以下简称“一带一路”）倡议的实施。到目前为止，“一带一路”倡议所涵盖的国家已经有六十多个，其建设过程中必然会涉及沿线各国的政治制度、民族意识、宗教文化、经济体制和法律制度。由于世界各国的政治、经济、公民意识以及市场环境千差万别，因此，涉外投资的政治风险、经济风险和法律风险的程度都比较高。

“一带一路”倡议背景下中俄合作涉及的主要领域

中俄合作是全方位、多层次的，根据中俄两国元首签署的《中华人民共和国与俄罗斯联邦关于全面战略协作伙伴关系新阶段的联合声明》的相关规定，中国和俄罗斯两国合作涉及经贸、投资、能源、技术、航空航天、基础设施建设、民生等领域的重大项目合作。中国各省、自治区、直辖市分别立足于本地区优势，积极响应“一带一路”倡议，富有成效地推动“一带一路”建设的顺利实施。仅去年一月至十一月，我国和“一带一路”沿线国家的贸易额就达9830亿美元，与2016年相比同比增长15.4%，其中，与沿线各国新签认的工程承包的合同额就达1135.2亿美元，占同期工程承包合同总额的54.1%。²黑龙江省毗邻俄罗斯远东地区，利用地源优势积极贯彻“一带一路”倡议，参与中俄蒙经济走廊建设，扩大对俄合作领域，不断提高务实合作水平。黑龙江省2013到2017年对俄贸易比前5年增长18%，2017年对俄进出口总额达到了110亿美元，同比增长20%，占到全国对俄进出口的13%，也占我省对外进出口的60%。³

在经贸合作领域，中俄两国积极采取措施扩大合作领域，不断提升各个领域的务实合作水平。具体体现为大力拓展两国在经贸领域的合作空间，其中包括在商贸、投资等领域实现并积极推进人民币和卢布的两国本币直接结算业务；加强中俄两国宏观经济政策的调整与互动交流；积极落实中俄两国政府在经济现代化领域的合作协议，全方位保障中俄双边贸易水平稳步发展，大力优化双方贸易结构，增加两国跨国投资额度。中方在俄罗斯境内的投资主要集中于各类基础设施项目的建设，矿产资源的开发以及林木的采伐和加工等领域。近年来，中俄两国在经贸领域的合作取得较大进展，发展趋势良好。中国在俄罗斯对外贸易领域中的地位举足轻重，一直是公认的俄罗斯第一大贸易伙伴。相关统计数据表明，去年前九个月内中国与俄罗斯的双边贸易额已经达到613.8亿美元，与2006年同期增长22.4%。此外，随着互联网的迅速发展及普及，中俄跨境电商等崭新的贸易形式得以蓬勃发展，这必然促进中俄两国双边贸易结构的优化，经贸合作领域的效率得以快速提升。与此同时，“一带一路”与欧亚经济联盟对接必将扩展中俄两国

² URL: http://intl.ce.cn/specials/zxgjzh/201801/08/t20180108_27614181.shtml, 访问日期: 2018年2月19日。

³ URL: <http://www.ccpthlj.org.cn/news.php?id=5947>, 访问日期: 2018年2月19日。

投资合作领域的广度和深度,推动双边经贸合作向更高水平发展。正如俄罗斯总统顾问谢尔盖·格拉济耶夫在接受新华社记者采访时所言,“在‘一带一路’与欧亚经济联盟对接的合作框架下,我们正在推进一系列重大投资合作项目,将建立新的区域发展投资基金,建立金融合作机构,更好地服务于共同投资,推动双边经贸合作向更高水平发展。”⁴

在能源合作方面,主要集中于石油、天然气和自然资源开发等领域。俄罗斯是中国石油进口的主要来源国家之一。2011年以前,中国与俄罗斯之间的石油贸易主要通过铁路运输途径,2011年中俄原油管道建成并且正式投入使用,其全长近千公里,从此开启了中俄之间管道运输原油的新篇章。中国与俄罗斯原油管道正式启用至今,累计输油总量已达9592万吨。⁵与此同时,俄罗斯还是我国第11大液化天然气的进口来源国之一。根据我国海关的统计,2017年1-11月份,我国天然气进口6069.6万吨,同比增长26.5%。其中,自俄罗斯进口38.4万吨,同比增长49.6%,占我国天然气进口总量的0.63%。⁶中俄两国在该领域的合作潜力巨大,同年12月份,中国与俄罗斯重大能源合作项目“亚马尔液化天然气”正式投产,年生产能力将达550万吨,预计三期全部建成以后,年生产能力将达到1650万吨,其中约三分之一将运往中国。同时,两国还正在修建中俄东线天然气管道。⁷

在科技合作方面,中国与俄罗斯着力于高科技领域的合作,在核能、航天基础技术研究、卫星导航、民用航空、空间对地观测、载人航天和深空探测等领域进行深度合作,联合启动并运行了一批重大项目;在造船、运输机械制造、制药、医疗设备、化工、木材加工、有色冶金等领域进行有的放矢的合作科研和联合生产,效果显著。⁸2017年,俄罗斯联邦政府总理梅德韦杰夫访问中国,值此中俄两国政府高层互动良好的背景之下,在俄罗斯联邦驻上海总领馆正式宣布成立并启动了中俄科技与创新合作电子平台——“浦俄·国际科链服”。创立该平台的目的是通过中俄两国不同领域的合作交流、项目推介、联合科研等路径,为全世界懂俄语的专家以及俄语为通用交流语言的国家在与中国合作过程中提供全方位的科技创新合作服务,促进中国与俄罗斯在国家重要科技领域的合作、主要产业的发展规划以及科研和生产协同创新发展。“浦俄·国际科链服”是俄中科技合作成果中具有代表性和务实性的典型案例,其线下转化产值已超过5000万元人民币,并且成功促成俄中生物医药合作项目以及“中俄数字物理与数学建模中心”的启动和运行。⁹

在投资领域,中国企业和“一带一路”沿线各国进行经济合作的主要方式即是对外投资。据统计,2005-2016年我国对一带一路国家的直接投资额为2047亿美元,其中东亚地区为732.2亿美元,占比35.77%;西亚地区为891.2亿美元,占比43.54%,在四大区域(中东北非、东亚、中东欧、西亚)中比重较大。投资金额最高的五国分别为俄罗斯、哈萨克斯坦、马来西亚、新加坡和印尼,投资行业分布以能源、金属、交通、房地产和科技为主。¹⁰可见,俄罗斯联邦既是中国政府“一带一路”倡议的主要沿线国家,同时也是中国企业对外投资的首选国家之一。2017年外国对俄罗斯经济的直接投资增长了一倍,达230亿美元,仅就黑龙江省而言,目前全省已有272家企业在俄设立或参股354家境外投资企业,对俄中方协议投资总额62亿美元,占全省协议境外投资总额的46%;实际汇出11.8亿美元,占全省境外投资汇出总额的29%。¹¹

“一带一路”倡议下中俄合作进程中存在的法律风险

“一带一路”倡议的提出与运行,为中国国内企业创造了更多的“走出去”机会,使得我国企业对外合作交流在广度、深度上均得到加强,并进一步推动国内企业参与到国际市场的竞争行列。¹²中俄两国基于地缘优势和政府间合作、民间互动的良好基础,近年来,中国与俄罗斯地方合作蓬勃发展,双方建立了“长江—伏尔加河”、“东北—远东”两大区域性合作机制,缔结了130多对友好省州和友好城市。从中央到地方,在中俄两国政治互信日益增强的背景下,双方企业合作意愿不断加深。据统计,近年来俄罗斯境内的中资企业已经有一千多家,涵盖轻工、建筑、农业、家电、通讯、机械制造与维修、电商、金融、等领域。2017年中俄双边贸易更是扭转颓势,总额超过840亿美元,比上年增长20.8%。¹³可见,中国企业已经成为俄罗斯联邦境内各地区的投资主体。然而,我们必须清醒地意识到,由于俄罗斯与中国在政治机制、

⁴ 推动“一带一路”与欧亚经济联盟对接——访俄罗斯总统顾问谢尔盖·格拉济耶夫: http://www.sohu.com/a/212212272_99931884, 访问日期: 2017年12月18日。

⁵ 中俄原油管道起自俄远东原油管道斯科沃季诺分输站,穿越中俄边境,途经中国黑龙江省和内蒙古自治区,止于大庆,管道俄罗斯境内段长约72公里,中国境内长927.04公里,2011年1月1日正式启用,设计年输油量1500万吨,最大年输油量3000万吨,是中国油气进口东北方向的一条战略要道。信息来源: http://russia.ce.cn/cr2013/jjsj/201702/06/t20170206_19987430.shtml, 访问日期: 2018年2月28日。

⁶ 俄罗斯在中国的天然气版图: http://www.sohu.com/a/210650161_118622, 访问时间: 2018年2月28日。

⁷ URL: <http://finance.sina.com.cn/money/future/fmnews/2017-12-14/doc-ifyptkyk4462110.shtml>, 访问日期: 2018年2月27日。

⁸ URL: <https://zhidao.baidu.com/question/1494709225362831499.html>, 访问日期: 2018年2月27日。

⁹ URL: <https://www.toutiao.com/a6483035270250119438/>, 访问日期2018年2月28日。

¹⁰ “一带一路”国家投资风险衡量: 泰国和马来西亚风险较低、俄罗斯风险适中、埃及高风险 // URL: http://www.sohu.com/a/210650161_118622, 访问日期: 2017年12月14日。

¹¹ 助推黑龙江对接“一带一路”建设: <http://finance.jrj.com.cn/2018/01/10072023921858.shtml>, 访问日期: 2018年1月10日。

¹² 参见叶进芬:《“一带一路”视阈下国内企业法律风险问题研究》,载《经济法研究》2017年第6期,第94页。

¹³ URL: http://www.xinhuanet.com/world/2018-02/08/c_129808290.htm, 访问日期: 2018年2月28日。

经济体制、意识形态、文化背景以及法律制度等方面存在着不同程度的差异，从而使得中国企业在对俄经贸、能源、技术、投资等领域合作面临着诸多法律风险。

经贸合作领域法律风险。中国对俄罗斯经贸合作领域的法律风险主要体现在俄罗斯联邦立法多变、司法体制不完善、产品质量标准特别规制以及市场不完善而造成的交易法律风险。

首先，在立法层面，俄罗斯联邦各部门法修订频繁。俄罗斯每年都有大量新的联邦法律出台，这必然导致俄各部门法的相应调整与修改。与此同时，俄罗斯又是联邦制国家，其行政区划构架下的各联邦主体都拥有相应的立法权，使得俄境内联邦法律与各联邦主体制定的法律法规之间存在着不同程度的冲突，另外，俄罗斯是加入世贸组织比较晚的国家，为实现入世承诺，其经贸领域立法处于持续调整过程之中，这便使得中资企业在俄罗斯交易规则的认知方面存在着诸多不确定因素，从而加大了对俄经贸业务开展的难度，同时也使这些中资企业面临更大的商业风险和法律风险。

其次，在司法机制层面，由于俄罗斯境内各部门法修订频繁，监管制度繁冗复杂，加之各联邦主体出台的法律法规存在着不同程度的矛盾与冲突，从而导致司法工作人员在执法过程中无所适从，甚至出现了不同口岸在海关监管、进出口估价等通关方面的规定不统一，从而导致中俄口岸的进出口货物滞港现象的发生。此外，俄罗斯政府近年来在整治“灰色清关”过程中，对中国商品的通关做出了诸多特殊规定和要求，无形中加大了中国对俄贸易的难度，甚至发生大量中国商品通关时被罚没现象的发生。另外，俄罗斯司法系统也存在着不同程度的腐败现象，这也使得中国在俄企业的正常运营面临着诸多不确定的法律风险。

最后，国企业在俄罗斯境内还会面临俄方产品质量标准特别规制以及市场不完善而造成的交易方面的法律风险。中俄两国国情不同，经济环境与市场发达程度也不在同一个水平，自然在产品质量标准和环境标准方面的规定也存在着很大差别，另外，如前所述，俄罗斯加入世贸组织的时间不长，其国内市场经济机制还处于不断发展、完善过程之中，对俄贸易中俄方合作伙伴违约现象时有发生，近年来俄方主导的商业欺诈案例也时有耳闻。可见，中方企业在对俄经贸合作过程中必须对俄罗斯现行立法规定、执法环境、产品质量标准等方面进行充分了解，以规避交易中可能产生的法律风险，避免或尽量减少因法律风险评估不足而遭受不必要的损失。

能源合作领域法律风险。中方对俄能源合作领域的法律风险主要体现在俄罗斯市场准入限制和环境诉讼两个方面：1. 俄罗斯在某些领域对外商进入进行了限制性规定。这些限制性规定主要体现在俄罗斯《有关外资进入对国防和国家安全具有战略意义行业程序的联邦法》规定的42种限制外资进入的行业。¹⁴此外，俄罗斯政府还规定了禁止外资经营的行业，这些行业主要涉及武器交易、烟火及易爆物品、含有毒和麻醉神经成分的药物、博彩业、人寿保险业以及宝石、贵金属及其废料等。这里需要强调的是，中国在俄投资企业应当特别注意避开俄政府禁止和限制外资介入的领域，以免盲目涉入而徒增不必要的损失。2. 自然资源的开采必然会触及环境污染这个全球性问题，中国企业对俄能源合作领域所面临的环境风险首先体现在能源开发过程中所导致的环境污染问题，如果在开发能源过程中不注重对周边环境采取保护措施，从而导致大范围环境污染，则会引起当地居民的排挤和对抗，从而引发中方投资企业与俄罗斯当地居民之间的矛盾和冲突，¹⁵甚至会引发恶劣事件的发生。比如，不久前发生在吉尔吉斯斯坦境内的当地居民打砸中国商户事件，根据新闻报道，此次事件发生的原因之一便是当地居民认为中方企业的运营污染了当地环境。由此可见，中资企业在进入俄罗斯投资之前，在获得当地政府的行政许可之外，还应当获得当地居民的“社会许可”。¹⁶笔者不久前曾关注过一家中文网站的报道，报道称中国驻俄罗斯的一家中国“公司已在贝加尔湖沿岸购买土地，并已获得每年200万吨的水资源开采证，现正邀请中国国内知名设计院在做整个水厂的设计。预计地球之井公司贝加尔湖水厂最快在2019年建成投产，所生产的瓶装水主要将运回中国销售”，¹⁷然而，2017年12月5日在俄罗斯名为“Ykt.ru”网上刊登了一条有关贝加尔湖沿岸居民联名上书俄罗斯联邦政府部门的消息，其主要内容是当地居民反对中国公民开发贝加尔湖自然资源的诉求。¹⁸因此，中国企业在俄罗斯境内进行能源开发必须时刻关注周边环境变化，同时处理好与当地同边居民的关系，以便有效规避因环境污染或者当地居民抵触而引起的法律风险。

(三) 科技合作领域法律风险。中方对俄科技合作领域的法律风险主要体现于知识产权的保护方面。在当代世界各国的科技合作交流过程中，知识产权的保护问题倍受关注。中国与俄罗斯在国情、法律传统与渊源、政治经济发展水平等方面都存在着很大的差异，这必然导致两国规制知识产权的法律也不尽相同。中俄两国在知识产权的立法规定、侵犯知识产权的惩罚措施以及诉讼程序与费用等诸多方面着较大差异。如果中方投资企业或公司在与俄方进行科技合作过程中不注重自身知识产权的保护，同时对东道国俄罗斯知识产权立法规定与司法操作又知之甚少，则很容易陷入知识产权侵权法律风险当中，从而遭受不可估量的财产与实质权利的双重损失。

¹⁴ 这些行业主要包括：国防军工、核原料生产、核反应堆项目的建设运营、用于武器和军事技术生产必须的特种金属和合金的研制生产销售、宇航设施和航空器研究、密码加密设备研究、天然垄断部门的股东线路电信公司、联邦级的地下资源区块开发、水下资源、覆盖俄罗斯领土一半区域的广播媒体、发行量较大的报纸和出版公司等。

¹⁵ 参见韩秀丽：《中国海外投资的环境保护问题研究》，法律出版社，2013年版。

¹⁶ 参见李晓宇：《“一带一路”视域下我国海外能源投资的法律问题研究》，载《南京工程学院学报（社会科学版）》2015年第4期，第41页。

¹⁷ URL: http://news.7654.com/a/1284802618858503074?TAG=2_24_4, 访问日期：2018年4月15日。

¹⁸ Жители побережья Байкала просят спасти их от китайцев // URL: <http://forum.ykt.ru/viewtopic.jsp?id=4305199>, 访问日期：2018年4月15日。

(四) 投资领域法律风险。中国对俄投资的法律风险主要体现于投资准入限制方面。¹⁹俄罗斯不仅垄断行业多,而且对外资投资领域也有诸多限制,包括关税和非关税壁垒限制,对外商投资和经营构成阻力。例如,俄罗斯规定公共采购和政府预算项目要优先采购本国产品、要求对进口车辆及工程机械征收报废税、出台的汽车信贷支持政策将外国汽车排除在外等。投资准入权利限制还体现在金融领域,俄境内中资银行受到俄罗斯央行监管政策的诸多限制。比如,俄罗斯央行对商业银行放贷设有监管指标上的限制,即N6指标限制。这一限制要求商业银行对单一客户或单一集团客户发放贷款的额度不能超过这家银行资本的25%,且不考虑外资银行在母国的实力。目前俄罗斯市场对资本的需求量很大,然而由于中资银行在俄罗斯发放的贷款不能超过其总资本的25%,而且俄罗斯的美元资本金需上缴7%给俄罗斯央行作为保证金,造成单个中资银行无法对中资企业在俄项目提供足额的贷款,中资企业融资渠道进一步受限。与此同时,俄罗斯境内外商投资的法制环境也有待改善,不仅存在腐败、行政效率低下以及灰色许可等现象,而且立法主体繁多,法律政策多变,缺乏连续性,尤其是在外资政策方面极其不稳定。出于国家利益或者某个集团的利益,俄罗斯常出现修改法律或政策调整的情况,导致外资利益受损,甚至出现财产剥夺的情况,包括征收和没收财产等。²⁰因此,中资企业在选择投资俄境内项目前,除了对拟投资项目的准入条件,特别是准入限制予以充分了解外,还应对拟投资地区的法制环境进行调查,以此来预测和规避法律风险。

(五) 其他领域法律风险。除前述法律风险外,“一带一路”背景下俄境内中方公司与企业还面临着劳工、税务、司法救济等领域可能产生的风险。

1. 国外劳工法律风险。由于俄罗斯联邦国情与社会生态环境与中国不同,因此,其在劳动法律制度、用工模式以及对外国劳动移民管理方面都与中国有着极大的差别。俄罗斯政府对外国劳动移民采取配额制度,其配额分为这样几种类型:一是外国劳工配额,此种配额分配给有外国劳工需求的企业;二是暂住许可配额(Квота на РВП),获得此种配额的外国移民实际上与俄罗斯公民享有同等权利并且在俄罗斯境内工作无需办理特别许可证,此类外国人获得俄罗斯国籍的可能性最大;三是工作许可配额(Квота на выдачу разрешений на работу),此类外国移民在获得俄罗斯入境签证的基础上,只有通过办理特别许可证之后才有权利在俄罗斯从事劳动,而且为了保护俄罗斯国内劳动力市场,对于此类配额的发放规定了特别限制条件;四是邀请类外国人配额(Квота на выдачу приглашений для иностранцев),纳入到此类配额计划的外国人不仅有权在俄罗斯居住,而且可以在法律允许框架内就业,邀请类配额的外国人必须办理工作签证。此外,俄罗斯政府还单独为外国留学生分配了留学配额,对于拟获得俄罗斯高校毕业文凭的外国留学生,在其符合某些法定要求的条件下,还可以获得俄罗斯联邦的免费教育名额和各类奖学金。前述所列各项配额的获得都规定有不同的程序。2017年,俄罗斯联邦政府规定了各行业外国劳工从业的数量上限,即外国移民在下列领域从事劳动的数量不能高于本行业俄罗斯人从业数量的一定比例:蔬菜种植公司不能超过50%;客运公司的比例上限为28%;物流业——28%;酒类零售业和烟草零售业不能超过15%。²¹

根据俄联邦法律,由于中俄之间还未签订免签证的协议,因此引进中国公民赴俄工作分为两个阶段:一是雇主主要获得《引进和使用外国劳工许可》;二是外国公民需获得《工作许可》(俗称“打工大卡”)。如果未获得《引进和使用外国劳工许可》中规定的许可而使用外国劳工工作,则雇主将面临25万至80万卢布的罚款或者根据《行政违法法典》第18.15条第3款的规定被勒令停业14至90天的处罚。在实际操作层面,中国公民要想获得合法的“打工大卡”往往需要通过华人中介支付高达10倍以上的费用。因此,有些华人企业主在雇佣中国公民方面为了规避前述高额的“打工大卡”费用,往往挺而走险通过旅游签证或商务签证引入中国公民到俄境内从事劳务活动,从而造成迄今为止俄境内大量非法中国移民的存在。

2. 税务领域法律风险。俄罗斯联邦现行税收法律制度与在俄华商的利益紧密相关,俄罗斯的税法体系与中国相比差别很大。俄罗斯境内实行三级税制:联邦税、各联邦主体税和地方税。俄罗斯税务制度非常复杂,征税名目繁多,²²俄境内的华商企业往往面临重税负以及重复征税的风险。因此,在俄罗斯境内投资的中国企业必须对俄罗斯现行的行业征税法律制度有所了解,以避免经营过程中发生被重复征税现象的发生,同时也要按照俄税务机关的要求按时缴纳税款,以规避因未及时缴税而被追究相关责任的法律风险。

3. 司法救济风险。俄罗斯司法系统腐败现象较为严重,司法工作人员办事效率低下,而且俄罗斯法律中有许多笼统的规定,法律的可操作性差,法官自由裁量权大,法官审理案件时存在一定程度的歧视外资企业的倾向,可能会将中国投资者置于不利的诉讼地位,面临司法救济风险。

¹⁹ 投资准入是一个国家对外国投资者活动予以管理和控制的经济主权,东道国有权决定投资者的准入条件,参见方旖旎:《中国企业对“一带一路”沿线国家基建投资的特征与风险分析》,载《西安财经学院学报》2016年第1期,第67-72页。

²⁰ URL: http://www.sohu.com/a/222493679_618573, 访问日期:2018年2月18日。

²¹ Квоты для иностранцев: на работу, РВП и другие виды — правила, получение, документы // URL: <http://nuzhnaviza.ru/rf/kvoty-dlya-inostrancev/>, 访问日期:2018年5月17日。

²² 俄罗斯联邦税是在俄罗斯联邦全境内普遍征收的,其中的商品和资源消费税、企业所得税、增值税、资本收入税、林业税、矿产资源开采税、地下资源使用税、生态税、水资源税和联邦许可证签民手续费等都与外国投资者对俄投资活动息息相关。此外,俄罗斯还规定了在相应地区征收不动产税等联邦税和土地税等地方税。

“一带一路”涉俄企业法律风险防控机制构建

如前所述,由于中俄两国文化背景、民族意识、社会经济制度、立法规定与司法操作等领域存在着巨大差异,因此,“一带一路”背景下,我国对俄各领域的投资与合作面临着程度不同的法律风险。在如何规避“一带一路”建设过程中涉外企业法律风险的问题上,我国学者提出了各种不同的解决方案:有学者从我国海外能源投资法律保护的角度出发,提出应当完善我国海外投资保险制度体系、建立企业现代化治理结构以及自身法律风险防范意识、推动双边投资协定的签订与实施、有效利用国际组织及国际法上的条约、加强环境法律对策、遵守东道国法律政策规定并做好投资前的投资战略分析;²³在提升跨国并购劳动法法律风险抵御能力的应对建议上,有学者强调应当选择优质法律报务以提高劳动合规水平、学好海外关系学以妥善处理劳资关系、加强人力资源管理、兼容多元工作文化;²⁴针对海外劳工法律保护不足的现状,提出必须加强海外劳工保护立法、建立海外劳工派遣许可制度、树立劳权观念、建立海外劳工专门服务行政机构、统筹海外劳工执法保护、坚持有限度的“意思自治原则”、实施“或裁或审制”、保障海外劳工的司法救济²⁵等一系列法律风险防控建议。

针对“一带一路”倡议下我国涉俄投资、合作领域及其可能面临法律风险的评估,在借鉴已有法律风险规避措施的基础上,建议以中俄两国政府、行业协会、涉外企业为主导,以中俄现有专业法律服务机构(包括律所、法律服务平台等)所提供的专业服务为实质架构内容,构建如下法律风险综合防控机制,以切实保障对俄投资者及在俄华商的合法权益。

(一)以政府为主导,构建和运行科学高效的法律保障体系,为对俄投资企业和在俄华商提供相对稳定、可预见性强的法治环境,以保障俄罗斯境内的中资企业合法合规地经营和发展。中国政府在鼓励国内企业“走出去”的过程中,必须强化对这些企业在经营理念和法律意识方面的培训和引导,建立健全海外投资法律制度。中国与俄罗斯应当在签订多边、双边投资协定的基础上加强内国立法的完善,以便更好地落实协定的内容,尽快适应经济全球化的发展趋势。此外,中国政府应当完善中资企业以及在俄华商的领事保护制度,通过各种不同路径解决中资企业在俄境内所遇到的诸多困难和不可预测的法律风险,加强对中资企业及其员工在合法经营方面的指导并引导他们处理好与俄罗斯当地居民之间的关系,尊重俄罗斯公民的宗教信仰和当地的风俗习惯。

(二)中俄司法机关应当完善涉外执法能力,提高司法工作人员的业务水平与外语能力,积极发挥审判功能,创新性处理中俄经贸合作过程中所产生的各类纠纷,为“一带一路”建设提供直接司法保障。随着中俄两国在经贸领域、能源开发、科技交流以及投资领域合作的进一步深化,各领域出现了愈来愈多、越发复杂的法律争议事件,中俄司法机关在处理这些争议的过程中,应当特别重视中俄两国在涉外管辖权方面的问题,严格遵守所适用的法律和我国缔结条约规定的内容,依法合规地行使管辖权,为“一带一路”建设的推进提供司法保障。

(三)中国内地各行业协会应当积极开展与俄罗斯当地行业协会、华商会的对接活动,同时联合中国驻俄罗斯大使馆、领事馆资源,为中国投资俄罗斯的企业提供综合信息服务,建立完整的“一带一路”数据库,系统搜集有关俄罗斯法律修订、经济政治环境变化等方面信息,为中国企业了解俄罗斯法律、文化及政治经济环境提供帮助。

(四)加强俄境内中资企业自身法律风险防范意识,树立现代化经营管理理念,履行自身应当承担的社会责任,以应对企业运营过程中可能产生的环境、税收、知识产权等领域的法律风险。中资企业和在俄华商在签订、履行合同过程中,一定关注双方争端解决机制的约定,一旦发生合同争议或其他事项冲突,企业自身可以依法依规地启动诉讼或仲裁程序,既能快速解决争端,还可以有效地保护自身合法权益。中国企业在俄罗斯投资失败的原因多数情况下是因为前期工作没有做到位。企业在投资俄境内项目之前应当做好尽职调查,加强对俄罗斯国内法律法规、经济政策以及相关投资环境的调查与研究,充分了解与投资项目相关的各项法律规定,对拟投资项目可能面临的商业风险和法律风险进行评估,事先制定风险防范和应对预案,尽量避免对俄投资的盲从性。在投资后项目运营过程中应当加强企业各项管理,建立相应的风险评估机制,随时进行项目运作的合规性审查,加强对俄罗斯法律法规修订情况、项目运转及市场运行状况方面信息的收集,以提高对可能发生风险的应对能力,以便将投资项目的法律风险降到最低。

(五)充分发挥中俄两国司法行政机关、律师事务所、法律平台等提供专业法律服务机构的作用,为“一带一路”建设提供优质高效的法律服务。在推进“一带一路”建设过程中,中俄两国司法行政机关应当发挥把握方向、统筹协调的作用,积极推进律所、法律服务平台的专业法律服务工作者参与各类涉俄项目的研究论证、提供有针对性、符合实际的法律咨询和建议,助力中国企业深度参与“一带一路”对俄投资,帮助企业防范法律风险。基于此,我国司法部、外交部、商务部、国务院法制办等几个部门已经联合出台了《关于发展涉外法律服务业的意见》,对我国未来的涉外律师行业发展绘制一个非常好的蓝图。中国律师要在“一带一路”中更好地发挥作用,我们走出去的企业应该首先要聘请中国的律师事务所,通过中国律师事务所这样一个桥梁,更好地和投资目的国的律师事务所开展深度的合作,以为中国企业走出去保驾护航。此外,中国司法部和全国律协正在筹建“一带一路律师联盟”,希望通过搭建这样一个平台,

²³ 李晓宇:《“一带一路”视域下我国海外能源投资的法律问题研究》,载《南京工程学院学报(社会科学版)》2015年第4期,第42-43页。

²⁴ 金波:《“一带一路”战略下跨国并购的劳动法律风险》,载《理论观察》2017年第4期,第114页。

²⁵ 花勇:《“一带一路”建设中海外劳工权益的法律保护》,载《江淮论坛》2016年第4期,第114页。

把中国律师和国际律师更好地整合在一起，更好地发挥中国律师的作用，更好地展现中国律师的风采，更好地提升中国律师在国际律师舞台上的影响力，为投资俄罗斯的中国企业提供更专业、高效的法律服务。

（六）通过宣传“一带一路”倡议，积极开展中俄两国法学院所和法律研究机构之间的学术交流和业务合作，利用有针对性地培养、相互引进法律人才等办法，吸引和凝聚了大批境内外具有国际视野、精通涉外法律业务和俄汉双语的法律人才，建立高端法律人才库。随着“一带一路”倡议的提出与推进，中国与各国的合作与交流日益加强，各种涉外活动日益增多，涉外法务活动空前频繁，具有国际化视野涉外法律高端人才的需求与时俱增。2017年5月27日，司法部联合外交部、国家发改委、教育部、商务部、全国律协等13个部门召开了第一次发展涉外法律服务业联席会议，号召加快培养通晓国际规则、善于处理涉外法律事务的涉外法律人才。这些政策性文件及联席会议均凸显了涉外法律工作的重要性，昭示着培养涉外法律人才的紧迫性。

结语

“一带一路”倡议为中国企业“走出去”提供了良好契机。中国企业作为“一带一路”的践行主体，在对俄投资、合作领域一定要树立现代化的经营管理理念，做好商业风险管理和法律风险评估，遵守俄罗斯当地法律法规、密切关注俄罗斯各级政府和相关领域的政策变化，积极履行企业所应承担纳税和环保等方面的社会责任，争取在激烈的竞争中占得优势并争取尽快融入俄罗斯当地社会。

参考文献

1. 韩秀丽：《中国海外投资的环境保护问题研究》，法律出版社，2013年版。
2. 李晓宇：《“一带一路”视域下我国海外能源投资的法律问题研究》，载《南京工程学院学报（社会科学版）》2015年第4期。
3. 方旖旎：《中国企业对“一带一路”沿线国家基建投资的特征与风险分析》，载《西安财经学院学报》2016年第1期。
4. 金波：《“一带一路”战略下跨国并购的劳动法律风险》，载《理论观察》2017年第4期，第114页。
5. 花勇：《“一带一路”建设中海外劳工权益的法律保护》，载《江淮论坛》2016年第4期。

Гражданское право. Предпринимательское право

Мнимые пробелы в законодательстве о публичных закупках Perceived Gaps in Public Procurement Legislation

О. А. Беляева,

главный научный сотрудник отдела гражданского законодательства и процесса,
заведующий кафедрой частноправовых дисциплин
Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ,
доктор юридических наук, профессор РАН
o_believa2011@mail.ru

O. A. Belyaeva,

Chief researcher of the Department of civil law and procedure,
head of the Department of private law disciplines of the Institute of legislation and comparative law
under the Government of the Russian Federation, doctor of law, Professor of the Russian Academy of Sciences

© О. А. Беляева, 2020

Аннотация. В статье поднимается сложный вопрос о существовании в праве мнимых пробелов и пробельности права как таковой. Автор предпринимает попытку опровергнуть поиск пробелов там, где их нет и быть не должно, на примере российского законодательства о публичных закупках. В статье проанализированы четыре ситуации, с помощью которых автор демонстрирует недопустимое восполнение мнимых пробелов в административной и судебной практике, оспаривает судебную интервенцию в волеизъявление сторон при вменении так называемого дробления закупок, а также показывает, что мнимая пробельность проникает в законотворческий процесс.

Автор приходит к выводу о том, что отсутствие законодательного регулирования следует воспринимать не в качестве пробела, а в качестве сигнала к индивидуальному регулированию, т.е. по усмотрению субъекта права.

Ключевые слова: публичные закупки, правовой пробел, мнимый пробел, судебная практика, судебское усмотрение.

Abstract. The article raises a complex question about the existence of imaginary gaps in the law and the gap in the law as such. The author attempts to refute the search for gaps where there are not and should not be, using the example of Russian legislation on public procurement. The article analyzes four situations in which the author demonstrates unacceptable filling of imaginary gaps in administrative and judicial practice, challenges judicial intervention in the will of the parties when imputing the so-called splitting of purchases, and also shows that the imaginary gap penetrates the legislative process. The author concludes that the absence of legislative regulation should be perceived not as a gap, but as a signal to individual regulation, i.e. at the discretion of the subject of law.

Keywords: public procurement, legal gap, imaginary gap, judicial practice, judicial discretion.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.175-178

Российская Федерация — правовое государство, а значит, во всех сферах нашей общественной жизни признается тотальное господство закона, что, в свою очередь, предопределяет повышенное внимание ученых-правоведов к феномену пробельности в праве. Избежать пробелов невозможно, и даже было бы легкомысленно к этому стремиться, ведь неопределенность — неотъемлемая часть любой правовой нормы, рассчитанной

на многократное применение в сходных, но не одинаковых жизненных ситуациях.

Задача современной юридической науки состоит в выработке адекватного инструментария и технологий восполнения пробелов в позитивном праве. Палитра этих технологий красочна, она не ограничена судебным правоприменением. А сложности цивилистического измерения правовых пробелов детерминированы самим прин-

ципом диспозитивности как основного начала воздействия на материальные и процессуальные отношения равных субъектов. Остро стоят вопросы диффрагментации правовых пробелов и диспозитивных норм, сочетания позитивного регулирования и усмотрения сторон гражданских правоотношений, пробельность предопределяется реформированием отношений, появлением новых институтов, и здесь необходимо межотраслевое взаимодействие, целенаправленное заимствование норм в целях адекватного их толкования.

В фокусе цивилистической науки вопросы участия для целей привлечения к субсидиарной ответственности в банкротстве, идентификация экстраординарных сделок в корпоративных организациях, белые пятна в опережающем развитии энергетики, новые институты в корпоративном управлении, мнимая пробельность публичных закупок, точная идентификация предметов гражданско-правовых договоров и другие вопросы. Мы предлагаем обратиться к нескольким правовым сюжетам, которые продемонстрируют системную проблему отечественного законодательства, которую мы предлагаем называть «мнимой пробельностью».

По нашему глубокому убеждению, далеко не все то, что воспринимается специалистами как «пробел» права, в действительности является таковым. Мы полагаем, что пробельность — неотъемлемая черта права, а неопределенность — необходимое свойство правовой нормы. Нам всем прекрасно известны сложности, возникающие при конструировании правовых норм. И мы позволим себе утверждать, что стремление сконструировать норму максимально подробно — это путь в никуда. Стремление к конкретике означает, что, стараясь «покрыть» какую-либо ситуацию регулированием, мы потеряем массу других похожих, но не одинаковых ситуаций в дальнейшем.

В законодательстве о публичных закупках мы наблюдаем нездоровое стремление к устранению именно мнимых правовых пробелов, т.е. ситуаций, которые не имеют правового регулирования, но это не значит, что его нужно додумывать или восполнять в судебной практике, а равно административной, и тем более в практике осуществления прокурорского надзора. Если что-либо не регулируется, то это вовсе не пробел, это просто не должно регулироваться. Рассмотрим конкретные примеры.

1. В контрактных отношениях есть такой информационный ресурс, как реестр контрактов. Носит он не правоустанавливающее, а учетное значение. Реестр — это большие деньги в том смысле, что за несвоевременное размещение сведений в реестре установлен административный штраф в размере 20 тыс. руб. Реестр ведется

в электронной форме, он размещен в единой информационной системе в сфере закупок (www.zakupki.gov.ru), все просрочки фиксируются, и должностные лица государственных заказчиков получают немаленькие штрафы. Подчеркну, что и сам состав административного правонарушения является формальным (ч. 2 ст. 7.32 КоАП РФ), так что откеститься от ответственности — это что-то из области очевидного невероятного.

И есть такая тема — в реестр нужно включать информацию об исполнении отдельного этапа контракта (п. 10 ч. 2 ст. 103 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон о контрактной системе)). Только вот о том, что такое «отдельный этап исполнения», в нашей стране не знает ни один нормативный правовой акт: ни Закон о контрактной системе, ни даже Гражданский кодекс РФ (далее — ГК РФ). Да, в § 3 гл. 37 ГК РФ, посвященной строительному подряду, упоминается возможность приемки этапа работ, но содержание этого понятия не раскрыто.

Российская практика (в основном административная) пошла по пути «додумывания» того, что есть «этап». Например, Федеральное казначейство считает, что этап — это платеж¹. Но как быть тогда с авансом? Выплата аванса — это этап № 0? Только если деньги идут впереди исполнения обязательства, то никакого этапа нет, в этом как раз и состоит суть авансового платежа. Сходную практику сформировала и Федеральная антимонопольная служба: если каждый месяц сторонами контракта подписываются акты, являющиеся основанием для совершения платежа, то это этап. Только парадокс заключается в том, что подобная практика не базируется на норме закона ввиду отсутствия таковой.

И эти надуманные требования, не подкрепленные какой-либо нормой, люди вынуждены соблюдать. К примеру, известны ситуации, когда сотрудники детских учреждений (школ, садиков, интернатов), каждый день получавшие продукты питания для своих учеников и воспитанников, загружали в реестр товарные накладные, отчитываясь тем самым об исполнении этапа контракта. То есть эти люди не занимались никаким полезным трудом, не выполняли действительно нужных и полезных функций, они как роботы просто загружали и загружают в ЕИС терабайты ненужной и не предусмотренной законом информации. Вот он — мнимый пробел!

Только очевидно, что данный вопрос не регулируется законодателем не потому, что он о нем позабыл, а потому, что он его и не собирался регулировать. Дело в том, что этот вопрос (этап или

¹ См. письмо Казначейства России от 30.05.2014 № 42-5.7-09/5.

не этап) разрешается по усмотрению сторон. Если стороны решили, что их обязательства делятся на этапы, то в контракте они их пронумеруют, дадут им названия, установят сроки выполнения. И самое главное — здесь нужно рассуждать, образно говоря, как на стройке: котлован, фундамент, стены. Сначала одно — потом другое, этапы должны быть взаимообусловленными, а не одинаковыми, когда из месяца в месяц происходит одно и то же (однотипное исполнение), но с периодической оплатой.

2. Определение круга субъектов, обязанных применять Федеральный закон от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках), представляется задачей сложной, но все же разрешимой². Уже из его названия очевидно, что регулирует он не всех, а лишь отдельных. Тем не менее обсуждается «пробел»: как быть с закупками индивидуальных предпринимателей, осуществляющих естественно-монопольные виды деятельности. С одной стороны, закон регулирует вопросы закупок юридических лиц (организационно-правовой статус), но, с другой стороны, он регулирует закупки и субъектов естественных монополий (вид деятельности). Якобы образуется «пробел»: как быть, если субъект по организационно-правовому статусу в сферу регулирования закона не попадает, зато по другому параметру — виду деятельности — весьма подходит.

Эта ситуация также демонстрирует обсуждение мнимого «пробела», поскольку нет оснований выходить за рамки наименования закона. Более того, хотелось бы отметить, что название закона обладает никак не меньшей важностью, чем весь его остальной текст. Огромное количество пробелов можно преодолеть, просто читая название закона и первую статью, которая, как правило, обозначает сферу применения и цели регулирования (цели принятия соответствующего закона). Так что, если закон нацелен на регулирование закупочной деятельности именно юридических лиц, нет оснований для дискуссии о том, как применять его в деятельности тех субъектов, которые статусом юридического лица не обладают.

Некоторое время назад появилась неприемлемая практика привлечения к административной ответственности за нарушение данного Закона автономных некоммерческих организаций, хотя они в круг субъектов регулирования не отнесены. В Интернете появился даже забавный мем «Анонизация закупок» (от аббревиатуры «АНО» —

анонизация). Такого же рода вопросы адресуются фондам, хотя и они не подвержены какому-то порядку закупок, их расходы осуществляются свободно согласно общим положениям ГК РФ. Это не пробел, а нормальная ситуация — законодатель не счел необходимым вводить в отношении ряда субъектов регулирование.

3. Ящик Пандоры — обход закона. Как известно, в нашем законодательстве понятие «обход закона» отсутствовало на протяжении полувека (со времен ГК РСФСР 1964 г.). Можно не соблюдать закон — тебя накажут, а можно соблюдать закон, но тебя все равно накажут, обвинив в его обходе. Печальная ситуация, динамика ее все более нарастает. Причем немало случаев, когда сторона, получившая исполнение по сделке, заявляет об обходе закона со своей же стороны (!). Здесь уместно вспомнить о применении доктрины чистых рук: нельзя оспаривать сделки, если ты сам был не прав, допустил нарушения, требуй справедливости только с чистыми руками.

Еще одна неприемлемая тема — это применение нормы об обходе закона судами по собственной инициативе, причем исходя из предположения того, что на самом деле имел в виду законодатель (поиск некоего духа закона). Однако это путь к хаосу и к вынесению неправосудных решений. Характерными примерами неправосудных решений являются обвинения заказчиков в дроблении закупок, т.е. вторжение судов в волеизъявление сторон публичных контрактов, а также договоров, заключенных в сфере корпоративных закупок. Вместо защиты прав суды признают сделки недействительными, в то время как дробление даже не легализовано в нашем законодательстве.

4. Восполнение мнимых пробелов в последнее время инициируется не только на практике, но и в законотворческом процессе. Причем здесь проявляется другая опасность — игнорирование того, что любой закон встроен в систему и автономного применения иметь он не может. Поясним это на примере гражданских отношений, в регулировании которых, естественно, царствует ГК РФ.

Так, Министерство финансов РФ подготовило законопроект³ с тем, чтобы сделать порядок обоснования начальных (максимальных) цен договоров неотъемлемой частью положения о закупке каждого корпоративного заказчика. Также законопроектом предусмотрено раскрытие содержания такого обоснования в каждой конкурентной закупочной процедуре путем включения соответствующих сведений в документацию о закупке.

² О том, как правильно определять режим публичных закупок см.: Беляева О. А. Режим публичных закупок: пути правовой идентификации // Проблемы и вызовы цифрового общества: тенденции развития правового регулирования цифровых трансформаций : сб. науч. тр. по матер. I Междунар. науч.-практ. конф. (Саратов, 17—18 октября 2019 г.) / под ред. Н. Н. Ковалевой. Саратов : Саратовская государственная юридическая академия, 2019. С. 153—155.

³ URL: https://www.minfin.ru/ru/document/npa_projects/?id_4=5911-o_vnesenii_izmenenii_v_statyu_2_federalnogo_zakona_o_zakupkakh_tovarov_rabot_uslug_otdelnymi_vidami_yuridicheskikh_lits.

Однако каких-либо конкретных требований или рекомендаций к содержанию порядка и способам обоснования начальных (максимальных) цен договоров законопроект не содержит. Возникает обоснованный вопрос: а что мы тогда регулируем?

На разработку рассматриваемого законопроекта не было дано соответствующего поручения. В частности, в пп. «л» п. 15 Национального плана противодействия коррупции на 2018—2020 годы, утвержденного Указом Президента РФ от 29.06.2018 № 378, отсутствует поручение по разработке рассматриваемого законопроекта.

Правительству РФ с участием заинтересованных федеральных государственных органов было поручено рассмотреть вопрос и подготовить предложения о целесообразности установления обязанности заказчиков обосновывать начальные (максимальные) цены договоров при осуществлении закупок.

В этой связи ввиду отсутствия поручения о разработке законопроекта должна быть представлена информация о проработке этого вопроса на предмет целесообразности введения нового регулирования. Однако подобная информация отсутствует. По этой причине не ясны ни предпосылки проектируемого регулирования, ни прогноз применения предлагаемых изменений.

В настоящее время юридические лица, являющиеся заказчиками в соответствии с ч. 2 ст. 1 Закона о закупках, обязаны указывать в документации о конкурентной закупке сведения о начальной (максимальной) цене договора (цене лота) либо формулу цены, устанавливающую правила расчета сумм, подлежащих уплате заказчиком поставщику (исполнителю, подрядчику) в ходе исполнения договора, и максимальное значение цены договора, либо цену единицы товара, работы, услуги и максимальное значение цены договора (п. 5 ч. 10 ст. 4 Закона о закупках).

Обоснование начальной (максимальной) цены договора в действующей редакции Законом о закупках не предусмотрено. Однако это отнюдь не означает, что начальные цены в закупках устанавливаются произвольно. В противном случае любой бизнес, очевидно, разорится. Расчеты и обоснования начальных (максимальных) цен договоров заказчики делают по собственным методикам, но данная информация не носит открытого характера и не размещается для всеобщего сведения в сети Интернет.

По какой причине данная информация должна получить общедоступный характер, из законопроекта уяснить не представляется возможным.

Большая часть заказчиков являются коммерческими организациями (например, хозяйствен-

ными обществами), для которых закрытый характер информации (тем более сведений о порядке формирования цен и их обосновании) имеет собственную ценность и представляет конкурентное преимущество, поэтому проектируемые изменения требуют значительно более тщательной аргументации.

Отношения, регулируемые Законом о закупках, являются гражданско-правовыми, поскольку нацелены на определение (выбор) контрагента для заключения с ним договора (обязательственные правоотношения). В частности, согласно ч. 2 ст. 3 Закона о закупках положение о закупке является документом, который регламентирует закупочную деятельность заказчика и должен содержать требования к закупке, в том числе порядок подготовки и проведения процедур закупки (включая способы закупки) и условия их применения, порядок заключения и исполнения договоров, а также иные связанные с обеспечением закупки положения.

Таким образом, можно заключить, что понятие «закупка» охватывает преддоговорные и договорные отношения между заказчиками и участниками закупки. В гражданских отношениях выбор контрагента выступает элементом принципа свободы договора — свободы усмотрения при выборе лица для заключения договора (ст. 421 ГК РФ).

Отметим, что любые императивные требования, введение новых обязанностей для субъектов гражданского оборота должны корреспондировать норме п. 2 ст. 1 ГК РФ, устанавливающей в качестве одного из основных начал гражданского законодательства свободное осуществление прав, и в частности свободу договора. Гражданские права могут быть ограничены на основании федерального закона и только 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.

Однако какого-либо обоснования разработчиками законопроекта не дается, как представляется, по этой причине введение ограничения гражданских прав подобным образом оформлено быть не может.

Вывод, который мне хотелось аргументировать этими примерами, заключается в следующем: нужно очень аккуратно подходить к понятиям «пробел» и «пробельность», отсутствие регулирования совсем не означает наличие пробела. Просто мы имеем дело с ситуацией, когда регулирование должно оставаться на уровне усмотрения сторон.

Правовой режим как центральное понятие в рамках кодификации инвестиционного законодательства

Legal Regime as a Central Concept in the Framework of Codification of Investment Legislation

А. В. Белицкая,

доктор юридических наук, доцент кафедры предпринимательского права
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова
predprim@predprim.ru

П. А. Батайкин,

доктор экономических наук, кандидат юридических наук,
Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ
yakubekova-og@granera.ru

A. V. Belitskaya,

doctor of law, associate Professor of the Department of business law
faculty of law of Lomonosov Moscow state University

P. A. Bataykin,

doctor of Economics, candidate of law,
Russian Academy of national economy and public administration
under the President of the Russian Federation

© А. В. Белицкая, П. А. Батайкин, 2020

Аннотация. В статье рассматриваются перспективы кодификации инвестиционного законодательства, в основу которой будет положено стержневое понятие правового режима инвестиционной деятельности. Первой ступенью такой кодификации мог бы стать Федеральный закон от 01.04.2020 № 69-ФЗ «О защите и поощрении капиталовложений в Российской Федерации», который в рамках его прохождения в Государственной Думе утратил свои фундаментальные идеи и был принят в усеченном виде как очередной специальный закон о правовой форме инвестиционной деятельности — соглашении о защите и поощрении капиталовложений.

Ключевые слова: правовой режим инвестирования, кодификация инвестиционного законодательства, Закон о защите и поощрении капиталовложений, инвестиционный климат, государственная поддержка экономики, инвестиционная деятельность.

Abstract. The article discusses the prospects for codification of investment legislation, which will be based on the core concept of the legal regime of investment activity. The first stage of such codification could be Federal law No. 69-FZ of April 1, 2020 “On the protection and promotion of investment in the Russian Federation”, which lost its fundamental ideas during its passage by The state Duma and was adopted in truncated form as another special law on the legal form of investment activity — the agreement on the protection and promotion of investment.

Keywords: legal regime of investment, codification of investment legislation, Law on protection and promotion of investment, investment climate, state support of the economy, investment activity.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.179-183

Постоянное наращивание массива инвестиционного законодательства требует усиления внимания к его систематизации, а также постановки вопроса о возможности его кодификации. Кодифицированный акт, регулирующий инвестиционную сферу, мог бы служить актом закрепле-

ния государственной инвестиционной политики, комплексно отражающим систему средств государственного регулирования инвестиционного рынка и защиты прав инвесторов. Кодифицированным актом российского инвестиционного законодательства мог бы стать Федеральный закон

от 01.04.2020 № 69-ФЗ «О защите и поощрении капиталовложений в Российской Федерации»¹ (далее — Закон о защите и поощрении капиталовложений), который в результате изменений, подготовленных ко второму чтению в Государственной Думе полностью утратил общую часть и стал очередным специальным законом об очередной правовой форме инвестиционной деятельности.

В научной литературе отмечается, что кодификация инвестиционного законодательства позволит:

- а) объединить в одном акте нормы, регулирующие весь комплекс инвестиционных отношений;
- б) установить единые принципы (основы) правового регулирования рассматриваемых отношений;
- в) закрепить специальные правила, обеспечивающие необходимое сочетание частно- и публично-правовых элементов;
- г) определить структуру инвестиционного законодательства и его соотношение с актами иных отраслей законодательства;
- д) установить субъектный состав инвестиционных правоотношений, права и обязанности инвесторов и других участников;
- е) разграничить полномочия органов государственной власти Российской Федерации и ее субъектов, органов местного самоуправления в сфере инвестиционных отношений;
- ж) установить правовые формы и режимы осуществления отдельных видов инвестиционной деятельности и т.д.²

Сторонники создания Инвестиционного кодекса указывают на то, что такой источник права необходим прежде всего частным субъектам инвестиционной деятельности, в особенности иностранным инвесторам, чтобы они при вложении своих средств в объекты инвестиционной деятельности были защищены от некоммерческих рисков (политические риски, изменяющие законодательство, ухудшающие положение инвестора; необоснованное вмешательство государственных органов и должностных лиц в хозяйственную деятельность инвестора)³, а также имели представление о правовом регулировании инвестиционных отношений в целом. В таком акте могли бы содержаться разделы об инвестиционной деятельности, о привлечении капиталовложений в форме портфельных инвестиций, разделы о концессиях,

лизинге, о защите инвестиций российских инвесторов за рубежом, о двусторонних соглашениях, о поощрении и взаимной защите инвестиций и т.д.⁴ То есть Инвестиционный кодекс объединил бы в себе как общую часть в отношении понятия и принципов осуществления инвестиционной деятельности, так и особенную в отношении конкретных правовых конструкций, оформляющих инвестиционные отношения.

Представляется, что говорить о необходимости принятия общего инвестиционного закона именно в виде Инвестиционного кодекса РФ в настоящее время преждевременно, тогда как консолидация действующего инвестиционного законодательства на основании продуманной концепции с выделением общей части обязательна для создания непротиворечивых прозрачных правил игры в инвестиционной сфере. Принятие такого консолидированного акта позволит обеспечить благоприятный инвестиционный климат в стране, привлечь дополнительные частные инвестиции в экономику.

Выделение общей части законодательства об инвестиционной деятельности является целесообразным, так как возникает необходимость структурного реформирования всего массива действующих нормативных правовых актов, посвященных правовому регулированию инвестиционных отношений. Выделение общей части позволило бы упорядочить многочисленные разрозненные документы в этой области, установить четкое соотношение между различными элементами системы правового регулирования инвестиций, устранить существующие противоречия внутри такой системы⁵. Такая общая часть в виде описания общего режима осуществления инвестиционной деятельности содержалась в принятом в первом чтении в Государственной Думе проекте Закона о защите и поощрении капиталовложений⁶ (далее — Законопроект), который претендовал на центральную стержневую роль в систематизации инвестиционного законодательства. Поправки, подготовленные ко второму чтению, предполагали существенное сокращение законопроекта как раз за счет общей части.

Так как данный Закон — не последняя попытка законодателя разработать Инвестиционный кодекс, который еще стоит на общей повестке дня, проанализируем предложения, которые, так и не стали законом.

Законопроект был выстроен вокруг различных правовых режимов осуществления инвести-

¹ Российская газета. 03.04.2020. № 72.

² См.: Лисица В. Н. Правовое регулирование инвестиционных отношений: теория, законодательство и практика применения : монография / Ин-т философии и права СО РАН ; Новосибирский гос. ун-т. Новосибирск, 2011. 467 с.

³ См.: Мартыянов В. С. Хозяйственное право : курс лекций. М., 1994. Т. 1. Общие положения.

⁴ См.: Ершов Ю., Цветков Н. Хотели как лучше, а получилось как всегда // Инвестиции в России. 2000. № 2.

⁵ См.: Кропотов Л. Г. Коммерческие инвестиции в объекты капитального строительства: правовое регулирование. М. : Инфотропик Медиа, 2012. 208 с.

⁶ URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/828237-7>.

ционной деятельности, которые задают особую направленность правового регулирования инвестиционных отношений, исходя из целей и задач государственной инвестиционной политики, что соответствует как лучшим зарубежным практикам, так и рекомендациям экспертов в сфере инвестиционного права⁷. В качестве видов правовых режимов в научной литературе выделяют общий, специальный и особый⁸, и все три режима нашли свое отражение в Законопроекте.

Общий нормативно-правовой режим представлял собой соответствие законодательства, регулирующего деятельность, ее природе⁹. В рамках общего правового режима основная роль отводится принципам правового регулирования тех или иных отношений. В Законопроекте устанавливалось, что в рамках общего инвестиционного режима обеспечиваются благоприятные условия реализации инвестиционных проектов посредством соблюдения таких принципов, как:

- обеспечение равного права на получение государственной (муниципальной) поддержки в целях реализации инвестиционных проектов;
- приоритетное развитие инфраструктуры, необходимой для реализации инвестиционных проектов;
- осуществление инвестиций в любых формах, не запрещенных законодательством Российской Федерации;
- обеспечение соблюдения антимонопольного законодательства;
- проведение единой финансовой и кредитной политики;
- предоставление заемного финансирования на принципах проектного финансирования (возвратность за счет доходов от использования или реализации имущества, созданного и (или) приобретенного в рамках реализации инвестиционного проекта, платность, распределение рисков, реализация инвестиционного проекта специально созданным для этих целей юридическим лицом);
- невмешательство органов государственной власти и должностных лиц в осуществление

договорных отношений между организациями, реализующими проекты;

- добросовестная конкуренция между организациями, реализующими проекты, и ответственная реализация ими инвестиционных проектов.

В общем правовом режиме определялись особенности осуществления деятельности иностранными инвесторами, а также особенности участия публично-правовых образований в реализации публичных инвестиционных проектов, систематизировались меры государственной поддержки инвестиционной деятельности, устанавливались гарантии защиты от национализации и реквизиции — имущества инвестора, а также от неблагоприятного изменения законодательства (стабилизационная оговорка), порядок разрешения споров в связи с реализацией инвестиционных проектов на территории Российской Федерации. Подчеркнем, что именно установление общего инвестиционного режима в Законопроекте позволяло говорить о том, что в нем закладывались основы для кодификации инвестиционного законодательства.

Кодификация — это создание нового сводного, систематизированного нормативного правового акта, которая осуществляется законодательным органом на основе существенных изменений действующего законодательства и внесения в него новых норм. Она учитывает изменения общественной жизни и нацелена на регулирование не только существующих общественных отношений, но и тех, которые могут возникнуть в будущем¹⁰. Цель кодификации состоит в обеспечении единого, упорядоченного нормативного регулирования определенного вида отношений, в результате которого имеет место системное развитие законодательства в определенной сфере¹¹. Важно отметить, что в научной литературе допускается не только отраслевая, но и комплексная (межотраслевая) кодификация¹².

Одним из видов кодифицированного акта можно считать основы законодательства как нормативный правовой акт, содержащий основные

⁷ См.: Белицкая А. В. Место специальных правовых режимов инвестирования в рамках правового обеспечения государственной инвестиционной политики // *Право и экономика*. 2018. № 6. С. 5—10; Веселкова Е. Е. О понятии “правовой режим иностранных инвестиций” // *Законодательство и экономика*. 2016. № 12. С. 55—58; Егорова А. А. Правовой режим инвестиционной деятельности отдельных территорий в рамках регионального развития // *Юрист*. 2019. № 5. С. 28—34.

⁸ См.: Ершова И. В. Специальный правовой режим деятельности субъектов малого и среднего предпринимательства: доктринальные и законодательные подходы // *Журнал предпринимательского и корпоративного права*. 2016. № 2. С. 22—26.

⁹ См.: Попондопуло В. Ф. *Коммерческое (предпринимательской) право России* : учебник. М. : Юристъ, 2006. 764 с.

¹⁰ См.: Кодификация российского частного права 2019 / В. В. Витрянский, С. Ю. Головина, Б. М. Гонгало [и др.] ; под ред. Д. А. Медведева. М. : Статут, 2019. 492 с.

¹¹ См.: Борзунова О. А. *Налоговый кодекс Российской Федерации: генезис, история принятия и тенденции совершенствования*. М. : Юстицинформ, 2010. 296 с.

¹² См.: Рузанова В. Д. Кодификация и юридическая сила отраслевого кодификационного нормативного акта // *Систематизация законодательства в России (историко-правовые, теоретико-методологические и технико-юридические*

положения определенной отрасли права или сферы государственного управления¹³. И.А. Вдовин подчеркивает сформировавшуюся потребность в принятии единого нормативного правового акта, который должен содержать не только общие положения, регламентирующие правоотношения, связанные с капитальными вложениями, но и обеспечивать правовое регулирование всего спектра инвестиционных отношений, обусловленных многообразием форм собственности и видов экономической деятельности¹⁴. Таким актом мог бы стать Законопроект. Под кодификацией понимается такая обработка действующего права, которая не ограничивается приведением его в порядок, но вносит в него внутреннюю связь и единство, кодификатор не ограничивается собранием действующих законов, а из целой массы существующих законов он должен сделать выбор и отбросить все, что противоречит основаниям его системы¹⁵. В Законопроекте происходило «строительство» нормативной правовой базы с учетом объединения и переработки действующих законов, так как предполагалось, что Законопроект заменит собой Федеральный закон от 09.07.1999 № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»¹⁶ и Закон РСФСР от 26.06.1991 № 1488-1 «Об инвестиционной деятельности в РСФСР»¹⁷ и добавит свои положения в отношении принципов и гарантий осуществления инвестиционной деятельности.

Как было отмечено ранее, кодифицированный акт является не только новой формой старого закона, а новым законом в полном смысле слова¹⁸. В этой связи в нем содержится не только описание общего правового режима осуществления инвестиционной деятельности, но и устанавливаются определенные новеллы, касающиеся внедрения специального и преференциального правовых режимов.

Специальный правовой режим, в отличие от общего, распространяет свое действие на ограниченный круг субъектов определенной отрасли, сферы деятельности либо даже индивидуально-определенных субъектов, по-иному, в сравнении с общим правилом, определяя их правовое поло-

жение¹⁹. В Законопроекте о защите и поощрении капиталовложений предполагалось установить проектный инвестиционный режим, который действует в целях создания условий для привлечения собственных инвестиций и реализацию новых инвестиционных проектов на территории Российской Федерации. Проектный инвестиционный режим по смыслу Законопроекта включал в себя как специальный правовой режим, который реализуется в заявительном порядке при соответствии инвестиционного проекта определенным требованиям, так и особый или преференциальный правовой режим, который направлен на конкретного субъекта или конкретный проект, устанавливается нормативно и детализируется с точки зрения индивидуальных условий в рамках договора.

Таким договором, детализирующим преференциальный правовой режим осуществления инвестиционной деятельности, в Законопроекте было названо соглашение о защите и поощрении капиталовложений (далее — СЗПК). Именно о СЗПК говорит Закон о защите и поощрении капиталовложений, который был принят в значительно усеченном варианте по сравнению с тем, что было задумано.

Согласно СЗПК каждое публично-правовое образование, являющееся его стороной, обязуется обеспечить организации, реализующей проект, неприменение в ее отношении актов (решений) соответствующих органов государственной власти, которые будут изданы (приняты) и которые указаны в законе, а в случае, если стороной соглашения является муниципальное образование, — актов (решений) органов местного самоуправления. При этом организация, реализующая проект, имеет право требовать неприменения таких актов (решений) при реализации инвестиционного проекта от соответствующего публично-правового образования. Конечно, СЗПК — уникальный по своим характеристикам непоименованный договор, аналогов которого в российском законодательстве нет. Это комплексный частно-публичный договор, направленный на привлечение инвестиций в развитие экономики Российской Федерации

проблемы): к 175-летию Свода законов Российской империи : материалы международного круглого стола / Институт государства и права РАН (Москва, 18—19 января 2008 г.) / под ред. В. М. Баранова, В. Г. Графского, С. В. Кодана. Н.Новгород, 2008. С. 345.

¹³ См.: Кодификация российского частного права 2019.

¹⁴ См.: Вдовин И. А. Механизм правового регулирования инвестиционной деятельности (исторический и теоретико-правовой анализ) : дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2002. 388 с.

¹⁵ См.: Трубецкой Е. Н. Энциклопедия права. СПб. : Лань, 1999. С. 124.

¹⁶ Собрание законодательства РФ. 1999. № 28. Ст. 3493.

¹⁷ Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 29. Ст. 1005.

¹⁸ См.: Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 1893. С. 305.

¹⁹ См.: Мохов А. А. Правовые режимы осуществления экономической деятельности и саморегулирование предпринимательской или профессиональной деятельности // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 4. С. 11—13.

и новый инструмент государственного регулирования экономики. В этом смысле принятие закона, устанавливающего правила и порядок его заключения, имеет важное значение для развития экономики страны. И вызывает разочарование утраченная надежда на появление систематизирующего, цементирующего нормативного правового акта инвестиционного законодательства.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Лисица В. Н. Правовое регулирование инвестиционных отношений: теория, законодательство и практика применения : монография / Ин-т философии и права СО РАН ; Новосибирский гос. ун-т. — Новосибирск, 2011. — 467 с.
2. Мохов А. А. Правовые режимы осуществления экономической деятельности и саморегулирование предпринимательской или профессиональной деятельности // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2015. — № 4. — С. 11—13.
3. Кодификация российского частного права 2019 / В. В. Витрянский, С. Ю. Головина, Б. М. Гонгало [и др.] ; под ред. Д. А. Медведева. — М. : Статут, 2019. — 492 с.
4. Попондопуло В. Ф. Коммерческое (предпринимательской) право России : учебник. — М. : Юристъ, 2006. — 764 с.

Меры по защите инвесторов в законодательстве КНР о рекламе¹

Measures to Protect Investors in the Prc Legislation on Advertising

А. П. Алексеенко,

доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин
Владивостокского государственного университета экономики и сервиса,
кандидат юридических наук, магистр юриспруденции
alekseenko.a.p@gmail.com
alekseenko.a.p@gmail.com

A. P. Alekseenko,

Associate professor of the Department of Civil Law Disciplines,
Vladivostok State University of Economics and Service,
Ph.D, LL.M

© А. П. Алексеенко, 2020

Аннотация. В статье рассматривается порядок правового регулирования рекламы бирж, привлекающих инвестиции на территории КНР, в том числе посредством размещения цифровых токенов. Выявлены особенности распространения в Китае информации о ценных бумагах и фьючерсах, а также цифровых финансовых активах.

Ключевые слова: цифровой токен, инвестиции, реклама, деривативы, криптовалюта, Биткоин.

Abstract. The article discusses the legal regulation of advertising exchanges that attract investment in China, including through the placement of digital tokens. The features of the dissemination of information on securities and futures, as well as digital financial assets in China, were revealed.

Keywords: digital token, investment, advertising, derivatives, cryptocurrency, Bitcoin.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.184-187

В 2019 г. объем цифровой экономики Китая достиг 31 трлн юаней², а к 2023 г. он составит около 51,3 % ВВП³. До относительно недавнего времени в КНР развивалась такая сфера инвестирования, как использование цифровых токенов для финансирования (ICO)⁴. Однако в 2017 г. Народным банком КНР совместно

с рядом органов исполнительной власти было принято извещение от 04.09.2017 «О мерах по предотвращению рисков, связанных с выпуском токенов в целях привлечения финансирования»⁵. Еще ранее, в 2013 г., было издано извещение «О предупреждении рисков, вытекающих из Биткоина» (далее — извещение «О Биткойне»), вво-

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-011-00454 «Обеспечение прав инвесторов в банковском и финансовом секторах в условиях цифровизации экономики в РФ и ведущих финансовых центрах Восточной Азии: сравнительно-правовой аспект».

² Объем цифровой экономики Китая достиг 31 трлн юаней // URL: <http://russian.people.com.cn/n3/2019/0506/c31518-9575416.html>.

³ Цифровая экономика составит более половины ВВП Китая к 2023 г. — IDC // URL: http://russian.news.cn/2019-12/11/c_138623427.htm.

⁴ URL: <https://www.forbes.ru/tehnologii/377345-kitayskaya-kriptogramota-kak-stat-mirovym-liderom-blokcheyna-zapreshchaya>.

⁵中国人民银行 中央网信办 工业和信息化部 工商总局 银监会 证监会 保监会关于防范代币发行融资风险的公告 (Официальное извещение Народного банка КНР, Управления Центральной ведущей группы по вопросам киберпространства, Министерства промышленности и информационных технологий, Государственной администрации промышленности и коммерции, Государственной комиссии по регулированию банковской деятельности, Государственной комиссии по регулированию ценных бумаг, Государственной комиссии по регулированию страхования в соответствии с извещением «О мерах по предотвращению рисков, связанных с выпуском токенов в целях привлечения финансирования» от 04.09.2017) (на кит. яз.). Министерство промышленности и информационных технологий КНР // URL: <http://www.miit.gov.cn/n1146290/n4388791/c5781140/content.html> (дата обращения: 25.07.2019).

дующее запрещение операций с криптовалютой⁶.

Кроме ограничений на совершение обменных операций, а также на выпуск токенов, указанные подзаконные акты вводят обязанность финансовых организаций информировать инвесторов о высоких рисках вложения капитала в такого рода активы, в частности о том, что граждане могут стать жертвой мошенников. Во многом это связано с тем, что выпускаемые посредством ICO токены, как правило, ничем не обеспечены. Запретительный подход, который используется в КНР, вызывает критику⁷, однако его применение направлено на снижение уровня оттока капитала, а также на защиту инвесторов, квалификация которых не позволяет им оценить в должной мере все необходимые риски.

Заметим, что информационные ограничения в отношении инструментов, которые применяются для инвестирования в КНР, используются достаточно давно, и в первую очередь они связаны с законодательством о рекламе. Соответствующие нормы можно найти в Законе КНР «О рекламе» (中华人民共和国广告法)⁸, Положении «Об управлении рекламой» (广告管理条例)⁹, Правилах применения Положения «Об управлении рекламой» (广告管理条例施行细则)¹⁰. Так, в ст. 25 Закона указано, что реклама товара или услуги, которая связана с доходом от инвестиций, должна включать разумное напоминание или предупреждение о потенциальной опасности и возможной ответственности, но не должна включать гарантию получения дохода; использование имени или изображения академической организации, ассоциации, профессионала или бенефициара, рекомендующих такой товар или услугу.

Кроме названных нормативных правовых актов отдельные аспекты рекламной деятельности содержатся и в других документах. Так, реклама ценных бумаг при их публичном размещении должна соответствовать нормам Закона КНР «О ценных бумагах» (证券法)¹¹. В статье 10 данного Закона закреплено, что реклама публичного размещения ценных бумаг недопустима. В статье 191 введен запрет на недобросовестную ре-

кламу брокерских компаний, осуществляющих деятельность на рынке эмиссионных ценных бумаг. В статье 24 «Меры по администрированию зарубежных представительств фондовых бирж в Китае» (中国证券监督管理委员会令)¹² установлен запрет на рекламу таких представительств. Согласно ст. 17 Правил «По управлению фьючерсной торговлей» (期货交易管理条例)¹³ запрещается фьючерсным компаниям (брокерам) заниматься любой деятельностью, кроме участия во фьючерсной торговле. Между тем данная норма не запрещает осуществлять продвижение услуг фьючерсной компании, если они не вводят в заблуждение получателя такой информации. Следовательно, фьючерсная компания может быть рекламодателем, но не имеет права самостоятельно распространять рекламу.

Заметим, что юридическое лицо на территории КНР может заниматься деятельностью в соответствии с видами деятельности, указанными в его бизнес-лицензии. Иной деятельностью организация заниматься не может. Следовательно, для того, чтобы заниматься рекламой на территории КНР, организация должна, во-первых, зарегистрировать на территории КНР предприятие с иностранными инвестициями, во-вторых, при регистрации указать рекламу как один из видов деятельности, который предприятие осуществляет. Кроме того, ст. 6 Положения «Об управлении рекламой» обязывает организацию, осуществляющую услуги по размещению рекламы (оператор рекламы), зарегистрироваться в компетентном органе. Согласно ст. 6 Закона КНР «О рекламе» таким компетентным органом является Государственная торговая-промышленная администрация (国家工商行政管理总局). Следовательно, размещение рекламы на территории КНР возможно только посредством оператора рекламы.

Для размещения рекламы в строгом соответствии с законом, рекламодателю-бирже необходимо обратиться к зарегистрированному в органах торговой-промышленной администрации оператору рекламы, регистрация которого подтверждена соответствующим сертификатом (广告经营许可证). При этом согласно ст. 30 Закона

⁶ 中国人民银行等五部委关于防范比特币风险的通知 [Официальное извещение Народного банка КНР и других 5 ведомств "О предупреждении рисков, вытекающих из Биткойна" от 06.12.2013] (на кит. яз.). Министерство промышленности и информационных технологий КНР // URL: <http://www.miit.gov.cn/n1146295/n1652858/n1652930/n3757016/c3762245/content.html> (дата обращения: 25.07.2019).

⁷ 漆彤, 卓峻帆. 加密货币的法律属性与监管框架——以比较研究为视角 [Ци Тун, Чжоу Цзюньфань. Юридические атрибуты и нормативно-правовые основы криптовалюты: перспектива сравнительного исследования] // Финансовое право. 2019. № 4. С. 126—141 (на кит. яз.).

⁸ URL: http://www.npc.gov.cn/npc/cwhhy/12jcw/2015-04/25/content_1934594.htm.

⁹ URL: http://www.saic.gov.cn/fldyfbzdzj/zcfg/xzfg/200909/t20090927_233528.html.

¹⁰ URL: http://gkml.saic.gov.cn/auto3743/auto3753/200807/t20080715_112438.htm.

¹¹ URL: http://www.sac.net.cn/flgz/flfg/201501/t20150107_115050.html.

¹² URL: http://www.csrc.gov.cn/xiamen/xxfw/gfxwj/201605/t20160524_297752.htm.

¹³ URL: http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/flb/flfg/xzfg_8248/201609/t20160929_304131.html.

КНР «О рекламе» рекламодатель должен заключить с оператором рекламы письменный договор, и последний, прежде чем опубликовать рекламу, обязан изучить возможность осуществления рекламы соответствующего товара или услуги. Если того требует китайское законодательство¹⁴, содержание рекламных материалов должно быть согласовано с Государственной торгово-промышленной администрацией.

Согласно Закону КНР «О рекламе» за нарушения в сфере рекламы нарушитель может быть привлечен к уголовной, административной и гражданско-правовой ответственности. Конкретный вид ответственности зависит от тяжести правонарушения и рекламируемого товара (услуги).

К административной ответственности биржа-правонарушитель может быть привлечена Государственной торгово-промышленной администрацией в следующих случаях. Согласно ст. 55 Закона КНР «О рекламе» рекламодатель наказывается штрафом в размере в 3—5 раз больше стоимости рекламы, если реклама является недостоверной. Если стоимость рекламы невозможно определить, то размер штрафа составляет от 200 000 до 1 000 000 юаней. Если нарушение совершено три или более раз в течение двух лет, штраф определяется в сумме в 5—10 раз больше стоимости рекламы, если же стоимость рекламы определить невозможно, то размер штрафа составляет от 1 000 000 до 2 000 000 юаней. Согласно ст. 58 Закона КНР «О рекламе» рекламодатель наказывается штрафом в сумме от 1 до 3 размеров стоимости рекламы, если им нарушены: требования ст. 25 Закона «О рекламе», т.е. если при реализации товара или услуги, которые связаны с доходом от инвестиций, отсутствует разумное напоминание или предупреждение о потенциальной опасности и возможной ответственности, если содержится гарантия получения дохода, использованы юридические или физические лица в качестве публичной персоны, рекомендующей услугу, в отношении которых применялось административное наказание за недостоверную рекламу.

Согласно ст. 59 Закона КНР «О рекламе» штраф в размере 100 000 юаней налагается на рекламодателя в случаях: если содержание рекламы не является точным, ясным, легким для понимания в вопросах, касающихся происхождения, качества, использования, состава продукции; если в рекламе нарушены правила цитирования; если реклама обесценивает товар или услугу другого производителя или оператора рекламы.

Согласно ст. 63 Закона КНР «О рекламе» штраф в размере от 5 000 до 30 000 юаней налагается на рекламодателя в случаях: если реклама распространяется без согласия получателя рекламы посредством направления ему на электронную почту, доставки ему домой или в транспортное средство; если реклама, распространяемая посредством всплывающих окон в Интернете, не содержит значка для ее отключения; если реклама влияет на обычное использование Интернета пользователем. Государственная торгово-промышленная администрация в названных выше случаях кроме штрафа также выдает предписание о прекращении распространения рекламы, нарушающей требования закона.

Согласно ст. 56 Закона КНР «О рекламе» рекламодатель может быть привлечен к гражданско-правовой ответственности за фальшивую рекламу, если ее целью является введение в заблуждение потребителя и если это привело к нарушению прав потребителя. Истцом в данном случае выступает потребитель. Согласно ст. 69 Закона КНР «О рекламе» рекламодатель может быть привлечен к гражданско-правовой ответственности, если он своими действиями обесценивает товар или услугу другого производителя или оператора рекламы; использует изображение или имя другого лица без его согласия; нарушает другие законные права и интересы.

Анализ правоприменительной практики¹⁵ показал, что участников и организаторов торгов как рекламодателей привлекают к юридической ответственности прежде всего в связи с намеренным введением в заблуждение своих клиентов (потенциальных клиентов). Как правило, правонарушителем является фьючерсная компания (брокер), которая умышленно посредством обмана привлекает денежные средства инвесторов, обещая высокую прибыль от сделок с фьючерсами, но на самом деле не осуществляет деятельность либо приносит доходность значительно ниже той, которая заявлена в рекламе. Что касается организаторов торгов, то практика привлечения их к ответственности сводится к тому, что организация, заявляющая о себе как о торговой площадке или фьючерсной бирже, фактически таковой либо не является (не имеет соответствующей лицензии), либо вообще не зарегистрирована в качестве юридического лица.

К наиболее характерным примерам введения в заблуждение относятся создание брокером иллюзии о размере получаемого дохода. Ряд брокеров намеренно публикует в специализированных средствах массовой информации (как правило,

¹⁴ Такого рода требования касаются лекарственной продукции, соответственно, рекламу бирж согласовывать нет необходимости.

¹⁵ Анализ осуществлен на основе сайта Верховного Народного Суда КНР (中华人民共和国最高人民法院), газеты 深圳商报 (Shenzhen Shangbao) и сайта 东方财富网 (Dongfan Caifuwang).

в деловых журналах) искаженные сведения, которые показывают доходность от фьючерсных торгов, в то время как она на самом деле значительно ниже. Рассылка фьючерсной компанией посредством китайских мессенджеров QQ, WeChat информации об оказываемых услугах с фальшивыми скриншотами с показателями инвестиционного дохода от участия во фьючерсных торгах с предложением зарегистрироваться на торговой площадке, как правило, привлекает внимание полиции, особенно в том случае, если клиенты брокера понесли убытки. Лица, рассылающие такие сообщения, несут уголовную ответственность¹⁶.

В ряде случаев публикуется правдивая, но неполная информация. Примером может служить публикация одним из брокеров положительной динамики за период, когда доходность от сделок с фьючерсами составляла 120 %, в то время как средний показатель составлял не более 50 %. При осуществлении такой рекламы брокер скрыл, что

доходность 120 % относится только к одному короткому периоду его деятельности. Такой подход к продвижению услуг может стать основанием привлечения к ответственности вплоть до уголовной.

Итак, в КНР создана нормативная правовая база, направленная на предотвращение излишней вовлеченности граждан в инвестиционные операции, сопряженные с высоким риском. Такой подход ввиду традиционной тяги китайцев к азартным играм видится правильным. Что касается отсутствия в законодательстве о рекламе специальных положений, запрещающих рекламу цифровых токенов, то в данном случае можно говорить о возможности применения общих положений, устанавливающих требования к рекламе, а также о том, что извещение от 04.09.2017 «О мерах по предотвращению рисков, связанных с выпуском токенов в целях привлечения финансирования» предписывает вести антирекламу такого способа инвестирования.

¹⁶ URL: http://szsb.sznews.com/m/article.htm?url=http://szsb.sznews.com/html/2017-04/13/content_3767433.htm.

Ошибка как юридический факт в гражданском праве Error as A Legal Fact in Civil Law

А. Я. Рыженков,

профессор кафедры гражданского права и процесса
Калмыцкого государственного университета, доктор юридических наук, профессор
4077778@list.ru

A. J. Ryzhenkov,

professor of department of civil law and process Kalmyk state university,
doctor of jurisprudence, professor

© А. Я. Рыженков, 2020

Аннотация. Статья посвящена осмыслению ошибки как юридического факта. Делается вывод, что объяснение механизма действия данного юридического факта лежит вовсе не в сфере эффективности гражданского оборота, а в плоскости основных начал российского гражданского законодательства. Сделка, совершенная под влиянием заблуждения, противоречит принципу свободы договора, если применять его не только к двусторонним, но и к односторонним сделкам (по аналогии). Вмешательство факторов, которые обусловили заблуждение, мешает субъекту права должным образом осуществить свои интересы и, таким образом, нарушает такой принцип гражданского законодательства, как действие своей волей и в своем интересе. Существо ошибки как юридического факта напрямую производно от концептуальной модели гражданской правосубъектности, предполагающей образ участника гражданских правоотношений как рационально мыслящего субъекта, а сделки — не только как волевого и поведенческого акта, но как своеобразной интеллектуально-познавательной активности; на этом основании молчаливо предполагается, что допущенные искажения познавательного характера априори не могут вести к юридически доброкачественным результатам.

Ключевые слова: ошибка, заблуждение, сделка, воля, правоотношение, договор.

Abstract. The article is devoted to understanding the error as a legal fact. It is concluded that the explanation of the mechanism of action of this legal fact lies not in the sphere of efficiency of civil turnover, but in the plane of the main principles of Russian civil legislation. A transaction made under the influence of delusion contradicts the principle of freedom of contract, if it is applied not only to bilateral, but also to unilateral transactions (by analogy). The interference of factors that caused the error prevents the subject of law from properly exercising its interests and, thus, violates the principle of civil law, such as acting with one's own will and in one's own interest. The essence of an error as a legal fact is directly derived from the conceptual model of civil legal personality, which assumes the image of a participant in civil legal relations as a rationally thinking subject, and the transaction—not only as a volitional and behavioral act, but as a kind of intellectual and cognitive activity; on this basis, it is tacitly assumed that the admitted distortions of the cognitive nature a priori can not lead to legally benign results.

Keywords: error, delusion, transaction, will, legal relationship, contract.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.188-192

Ошибка как особый юридический факт конституируется в российском гражданском законодательстве в п. 1. ст. 178 Гражданского кодекса РФ, где указывается, что сделка, совершенная под влиянием заблуждения, может быть признана судом недействительной по иску стороны, действовавшей под влиянием заблуждения,

если заблуждение было настолько существенным, что эта сторона, разумно и объективно оценивая ситуацию, не совершила бы сделку, если бы знала о действительном положении дел¹.

В тексте ст. 178 ГК РФ прослеживается следующая установка законодателя: совершение сделки представляет собой познавательную деятельность

¹ Часть первая Гражданского кодекса Российской Федерации от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

(хотя отметим, что никаких формально-юридических гарантий этого законодательство не содержит).

При наличии нескольких участников сделки предполагается, что каждый из них до ее совершения получает и интеллектуально обрабатывает определенную, причем достаточно сложную, информацию, и делает это не только в отношении собственного поведения, но и в отношении своего контрагента (что будет показано далее).

При этом, в отличие от использованного в ст. 178 ГК РФ понятия «заблуждение», феномен ошибки включает в себя и объективный, и субъективный компоненты.

Заблуждение — это сутобо ментально-психологическое состояние, не дополненное поведенческим моментом. По этой причине заблуждение, строго говоря, не может выступать в качестве юридического факта, поскольку, как и любые чувства, мысли, переживания и т.п., не имеет собственного юридического значения, не влечет правовых последствий и вообще не может быть установлено юридически, так как не имеет никакой внешней формы выражения.

Напротив, ошибка представляет собой пограничное или составное явление, которое сочетает в себе черты внутреннего состояния лица и его поведенческих актов, основанных на этом состоянии (ошибка в речи, на письме и т.п.).

Таким образом, ошибка, если рассматривать ее как разновидность юридических фактов, относится к такой их категории, как сложные юридические составы.

Ошибка включает в себя, во-первых, определенное юридически значимое действие, например сделку, а во-вторых, психическое отношение лица к своему действию (ложное принимается за истинное). Как и в любом юридическом составе, ни один отдельно взятый элемент не порождает тех правовых последствий, которые возникают при наличии целого: действие в отсутствие заблуждения имеет обычную юридическую силу, а заблуждение в отсутствие действия вообще никак не оценивается с точки зрения права, поскольку лишено социальной значимости.

Заблуждение как субъективный аспект ошибки может рассматриваться как неучтенность или искажение фактической стороны сделки в сознании совершающего ее лица. Например, А. В. Пермяков определяет заблуждение как состояние, «закрывающееся в неверном представлении об элементе правоотношений, явившимся причиной несоответствия действительной, внутренней воли

указанного лица ее внешнему выражению (волеизъявлению)»².

Аналогичны объяснения В. А. Цветкова: «Сделку считают недействительной, если выраженная в ней воля стороны неправильно сложилась вследствие заблуждения и повлекла иные правовые последствия, нежели те, которые сторона действительно имела в виду. Под влиянием заблуждения участник сделки помимо своей воли составляет неправильное мнение или остается в неведении относительно тех или иных обстоятельств, имеющих для него существенное значение, и под их влиянием совершает сделку, которую не совершил бы, если бы не заблуждался»³.

Однако такой подход не был бы функционален, поскольку отсылает к внутреннему миру человека, который недоступен непосредственному наблюдению ни других участников сделки, ни суда, принимающего решение о наличии или отсутствии заблуждения.

Как представляется, основным наглядным симптомом заблуждения следует считать противоречивость поступков субъекта. Например, покупатель приобретает деталь от электронного устройства, однако принадлежащее ему устройство имеет иную модель или конструкцию, вследствие чего данная деталь к нему не подходит — налицо явный пример заблуждения в отношении предмета сделки.

В информационном письме Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 10.12.2013 № 162 «Обзор практики применения арбитражными судами статей 178 и 179 Гражданского кодекса Российской Федерации» приводится пример такой противоречивости: индивидуальный предприниматель — собственник земельного участка (далее — предприниматель) обратился в арбитражный суд с иском к обществу с ограниченной ответственностью (далее — первое общество) о признании недействительным договора аренды земельного участка. В качестве третьего лица к участию в деле привлечено другое общество с таким же наименованием (далее — второе общество), но имеющее ОГРН, отличающийся от ОГРН первого общества. В аренду предполагалось передать два смежных земельных участка для строительства комплекса жилых зданий, которые должны были поступить в собственность предпринимателя и эксплуатироваться вторым обществом в течение срока действия договора аренды. Однако в результате допущенной ошибки земельные участки оказались в аренде у двух разных юридических лиц, в связи с чем строи-

² Пермяков А. В. Заблуждение как ситуационное состояние // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2011. № 3 (28). С. 105.

³ Цветков В. А. Особенности рассмотрения судами споров о признании недействительными сделок, совершенных под влиянием заблуждения // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2011. № 3 (28). С. 100.

тельство комплекса и использование участков по целевому назначению стало невозможным⁴.

При этом обращает на себя внимание, что предметом познавательной активности сторон выступают только объективные, но не субъективные аспекты совершаемых действий; законодатель специально обращает внимание на то, что заблуждение относительно мотивов сделки не является достаточно существенным для признания сделки недействительной.

Существенным является то заблуждение, которое означает, что субъект права фактически и юридически совершает качественно иное действие, нежели то, которое представляет себе.

Понятие «природа сделки» официально не определяется, однако его сравнительно легко установить исходя из законодательной дефиниции, поскольку природа — не что иное, как сущность, или качественная основа, вещи (явления), задающая его вид и функции.

На основании ст. 153 ГК РФ сделки — это действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. Таким образом, напрашивается вывод, что природа сделки — это смысловая связь между характером действия и его юридическим последствием.

В этой связи выглядит лишней логикой позиция Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, высказанная в указанном информационном письме от 10.12.2013 № 162 и состоящая в том, что заблуждение относительно правовых последствий сделки якобы не является основанием для признания ее недействительной по ст. 178 ГК РФ.

В Обзоре Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ приводится пример из судебной практики, когда гражданин обратился в арбитражный суд с иском о признании сделки по передаче принадлежащей ему сельскохозяйственной техники в качестве вклада в общее имущество крестьянского (фермерского) хозяйства недействительной, поскольку не знал, что в результате принадлежащая ему на праве собственности сельскохозяйственная техника становится общей собственностью членов фермерского хозяйства, следовательно, он утрачивает возможность единоличного распоряжения ей. По мнению суда, истец не доказал, что при совершении сделки по передаче имущества в качестве вклада в общее имущество фермерского хозяйства его воля была направлена на совершение какой-либо другой сделки. Более того, из представленных истцом доводов усматривается, что он желал совершить именно оспариваемую сделку.

С нашей точки зрения, принципиальное упущение здесь состоит именно в том, что из примера со всей определенностью следует, что лицо намеревалось совершить иную сделку, нежели та, что реально состоялась, и заблуждение касалось именно ее природы.

Суд в рассматриваемом примере фактически приравнял сделку к самому юридически значимому действию, проигнорировав второй смысловой элемент данного понятия, а именно — ее направленность на достижение юридически значимого последствия: «Осознание последствий является одним из условий действительности волевого акта, ибо в отсутствие такового невозможно говорить о направленности данного акта на конкретные юридические последствия. Именно поэтому, если имеются все основания полагать, что лицо могло или, по крайней мере, должно было осознавать последствия своих действий, право исходит из предположения о совпадении внешнего и внутреннего, изъявленного и подразумеваемого...»⁵. Очевидно, что при таком подходе изменение последствия с неизбежностью означает изменение природы сделки.

Необъяснимо, что при этом, в частности, пп. 4 п. 2 ст. 178 ГК РФ предусматривает в качестве основания для недействительности сделки заблуждение в отношении лица, с которым она вступает в сделку, или лица, связанного со сделкой, однако, по логике Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, не будет являться таким основанием заблуждение в отношении правовых последствий сделки (например, если лицо полагает, что передает имущество в аренду, хотя совершает куплю-продажу, или наоборот).

Это же несоответствие находим в следующем рассуждении: «Заблуждение относительно правовой природы договора сопряжено с заблуждением относительно содержания договорного обязательства. Это заблуждение относительно особых, специфических качественных признаков предмета сделки, которые заблуждающийся имел в виду и о которых не поставил в известность другую сторону»⁶. Очевидно, что автор сам не замечает производимой им подмены: содержание договорного обязательства никак не может отождествляться с предметом сделки; содержание обязательства — это набор прав и обязанностей его участников, и именно его надлежит относить к природе сделки.

Природа юридического факта как «переключателя» правового положения субъектов общественных отношений, как «спускового крючка» для появления и видоизменения правоотношений требует ответа на вопрос: какова смысловая

⁴ Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2014. № 2.

⁵ Зезекало А. Ю. Заблуждение при совершении сделки. Томск, 2011. С. 79.

⁶ Цветков В. А. Указ. соч. С. 99.

связь между самим содержанием данного факта и характером тех последствий, которые предусмотрены законом?

В абсолютном большинстве случаев эта связь в самом законе никак не раскрывается, а описывается как самоочевидная. Не является исключением и недействительность сделки вследствие заблуждения.

При этом, как верно подмечает А. Ю. Зезекало, «противоречащим здравому смыслу кажется, на первый взгляд, внимание закона к подобным случаям и предоставление защиты ошибающемуся: ведь ошибка всегда имеет отношение исключительно к внутренним процессам допустившего ее лица; как правило, она скрыта от окружающих, а следовательно, ссылаться на ошибку всегда легко и во многих случаях ни подтвердить, ни опровергнуть ее просто невозможно»⁷.

Не вполне убедительно звучат традиционно высказываемые в цивилистической литературе утверждения вроде: «Для эффективного функционирования гражданского оборота, становления полноценных гражданских отношений важно, чтобы их участники действовали исходя из верного и ясного понимания тех правовых последствий, которые влекут совершаемые ими юридические действия»⁸. Этот аргумент выглядит сугубо декларативно, поскольку связь между ясным пониманием правовых последствий и эффективностью гражданского оборота (собственно, как и само содержание этой категории в данном контексте) лишь заявлена, но не обоснована.

Не более убедителен и следующий довод: «В противном случае стабильность гражданского оборота будет находиться под угрозой, а их участники подвергаться риску лишения того, на что рассчитывали при вступлении в гражданские правоотношения, а равно и риску потери имеющегося»⁹. Ведь риск лишения того, что приобретено по сделке, является не причиной, а следствием законодательного решения признать такие сделки недействительными.

С нашей точки зрения, объяснение механизма действия данного юридического факта лежит вовсе не в сфере эффективности гражданского оборота, а в плоскости основных начал российского гражданского законодательства.

Во-первых, сделка, совершенная под влиянием заблуждения, противоречит принципу свободы договора, если применять его не только к двусторонним, но и к односторонним сделкам (по аналогии). Лицо, действующее в состоянии заблу-

ждения, поступает не свободно, а под принуждением, равносильным обману, с той разницей, что источником принуждения выступает не чужая воля, а стечение объективных и субъективных обстоятельств.

Во-вторых, если говорить о двусторонних и многосторонних сделках, то считать их юридически полноценными противоречило бы также принципу равенства участников гражданских правоотношений, поскольку если одна сторона сделки действует на основе заблуждения, то она находится в неравном положении с другой стороной, которая опирается на адекватные представления о сделке и условиях ее совершения.

В-третьих, вмешательство факторов, которые обусловили заблуждение, мешают субъекту права должным образом осуществить свои интересы и, таким образом, нарушают такой принцип гражданского законодательства, как действие своей волей и в своем интересе.

Характерно, что законодатель распределяет гарантии против ошибок при совершении сделок таким образом, что заметная их доля приходится не только на самого субъекта, их совершающего, но и на его контрагентов. Подтверждением является п. 5 ст. 178 ГК РФ: «Суд может отказать в признании сделки недействительной, если заблуждение, под влиянием которого действовала сторона сделки, было таким, что его не могло бы распознать лицо, действующее с обычной осмотрительностью и с учетом содержания сделки, сопутствующих обстоятельств и особенностей сторон».

По сути, это означает, что сторона сделки, желающая избежать ее недействительности, несет косвенную обязанность не только проверять адекватность собственных представлений, но и вести аналогичный контроль в отношении другой стороны сделки.

Тем самым ставится под вопрос традиционное представление, что «по общему правилу... каждый из контрагентов вправе направлять свои усилия и заботы на лучшее обеспечение своего эгоистического интереса и не раскрывать глаз противнику, не умеющему должным образом блюсти свой интерес. Каждый должен сам знать, на что идет, подчиняясь известным условиям»¹⁰. Вводятся элементы взаимопомощи и обоюдной ответственности участников правоотношения.

Таким образом, существо ошибки как юридического факта напрямую производно от концептуальной модели гражданской правосубъектности, предполагающий образ участника гражданских

⁷ Зезекало А. Ю. Указ. соч. С. 6.

⁸ Пермяков А. В. Указ. соч. С. 102.

⁹ Пермяков А. В. Указ. соч. С. 102.

¹⁰ Новицкий И. Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 2006. № 1. С. 140.

правоотношений как рационально мыслящего субъекта, а сделки — не только как волевого и поведенческого акта, но как своеобразной интеллектуально-познавательной активности; на этом

основании молчаливо предполагается, что допущенные искажения познавательного характера априори не могут вести к юридически доброкачественным результатам.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Зезекало А. Ю.* Заблуждение при совершении сделки. — Томск : Изд-во Томского ун-та, 2011. — 198 с.
2. *Новицкий И. Б.* Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. — 2006. — № 1. — С. 124—181.
3. *Пермяков А. В.* Заблуждение как ситуационное состояние // Вестник Омского университета. — Серия «Право». — 2011. — № 3 (28). — С. 102—105.
4. *Цветков В. А.* Особенности рассмотрения судами споров о признании недействительными сделок, совершенных под влиянием заблуждения // Вестник Омского университета. — Серия «Право». — 2011. — № 3 (28). — С. 98—101.

Образовательная среда

新时代法理学本科教学理念的更新及实践路径 Подход к инновационной педагогической идее и практике для бакалавриата курса юриспруденции в новую эпоху The Approach of Innovating the Teaching Idea and Practice for the Undergraduate Jurisprudence Course in a New Era

杨昌宇

扬州大学中国法律文化与法治发展研究中心教授，法学院教授，博士生导师
pangnaja@mail.ru

Ян Чанью,

Профессор, научный руководитель исследований
на соискание ученой степени доктора наук,
Научно-исследовательский центр китайской культуры права
и развития верховенства права, Университет Янчжоу, КНР

Yang Changyu,

Professor and doctoral supervisor
Research Center of the Chinese Culture of Law
and the Development of the Rule of Law, Yangzhou University

© Ян Чанью, 2020

摘要: 新时代是中国法学教育寻求自信与创新的时代。法理学在法学教育中占有重要的地位，经过改革开放40年的发展，中国法理学取得长足的进步。党的十八大以来，中国法治领域取得了巨大的发展与进步，促动了法治理论的全面提升，也促动了法理学教学理念的更新。在观念层面，要继续坚持马克思主义法学基本立场，用社会主义核心价值观统领当代中国的法律价值观，立足中国法治发展总目标和最新成就完善法理学的知识体系，正视人工智能时代对法理学理论与法治实践构成的诸多挑战。在教学实践上，从法理学课程特点出发，在教学内容上下功夫，引导学生对法学知识进行整体性理解；围绕法治国家发展的总目标，阐发中国法理学独特内容；从实用性出发，解决学生的知识需求，内化法学素养，外升法学能力；从法理学的发展性出发，将最新的知识和信息传递给学生；从法学知识的联系性出发，与部门法知识进行结合，提升法理学的实践性和实效性。

关键词: 新时代 法理学 本科教学

Abstract. The 18th National Congress of the Communist Party of China in 2012, opened a new era of Chinese society. Works in the field of the rule of law have been successfully developed and obtained significant progression. Especially since the 19th National Congress of the Communist Party of China in 2017, the road map of the construction of the rule of law in China has been further charted, and the theory and practice of law under the circumstance of the socialism with Chinese characteristics has been comprehensively improved. This is the era in which Chinese law education is pursuing self-confidence and innovations. Positive responses made by scholars in terms of the law teaching system in the Chinese higher education are being needed for solving the rising matters in the new era. The fundamental role of the jurisprudence course in the system of law courses in China has explicitly manifested itself in this situation. Theories of jurisprudence in China, rooted in the practice of rule of law, have already reached a meaningful progression, after a long time accumulation simultaneously with the implementation of the reform and opening-up policy. "Chinese School of Practicing the Rule of Law", which focuses on the practical matters and puts forward the theoretical questions in the process of constructing the rule of law of the socialism with Chinese characteristics, is being established. Regrettably, the achievements mentioned above have not been formulated timely in the teaching materials of Chinese higher education institutions. The theoretical progression and development, meanwhile, have not been fully adopted in the teaching activities. Moreover, there has been an intense dispute between

the supporters of legal dogmatics and the law study as a social science in the Chinese academic circle currently, making it clear that we need to work more on the undergraduate jurisprudence courses either theoretically or practically.

The current teaching idea and philosophy for the undergraduate jurisprudence course should be thoughtfully refined. The acceptance of the new theoretical achievements for the daily teaching activities will directly impact the teaching efficiency. In terms of the teaching values, the basic standpoint of Marxism study of law should still be insisted on. The transformation of the major social contradictions in China should be noticed and the socialist core values should be treated as the leading values for the current Chinese law. The knowledge system of jurisprudence should be refined based on the general objective of the rule of law in China and the latest achievements. In terms of social reality, there are more complicated rising matters influencing the objects of legal regulation and the legal relationship with the rapid development of science and technology. The challenges of AI and big data to the formation of law theories and the practice of the rule of law should be urgently concerned. In terms of the teaching practice, lecturers or teachers should pay much attention to the teaching materials and methods conforming to the features of the jurisprudence course. Students should be guided to a comprehensive understanding of the knowledge of the law. The characteristics of jurisprudence taking Chinese society as background should be illuminated for the sake of the general objective of the rule of law in China. Furthermore, the teaching contents should be practical that are helpful for the intellectual pursuit of students, and are beneficial to improving the inner accomplishment and practical capacity of the students. The latest theoretical achievements of jurisprudence should be spread to the students to keep the updating of the theory of jurisprudence. From the perspective of the connections of the knowledge of the law, moreover, the teaching contents should positively be combined with related knowledge of the legal departments, so that the jurisprudence theory could be more practical and effective. Last but not least, in terms of helping students to start their careers, the jurisprudence course should supply necessary guidance for students to pass the qualifying examination for the legal profession.

Refining the teaching idea of the undergraduate jurisprudence course conforms to the requirements of the development of Chinese society, as well as the development of science and technology which opens the future and the gate to the entire world. It is also in conformity with the internal requirements of innovating law education in Chinese higher education institutions. What is more, it has initiated a critical question of the direction in which the law education of Chinese higher education institutions should be moving forward. It consequently is related to the critical discussion of the autonomous development of the study of law in China.

Keywords: *A New Era, Chinese Jurisprudence, Undergraduate Education.*

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.193-197

新时代是中国法学知识全面更新的时代，也是中国法学教育寻求自信与创新的时代。自2012年党的十八大以来，中国法治领域取得了巨大的发展与进步，促动了法治理论的全面提升，特别是十九大报告进一步绘制了新时代法治建设的路线图，在这一时代背景下，法理学的重要地位凸显出来。同时，由于法理学在当代中国法学教育课程体系中的核心地位，促动这一学科应有作用的发挥至关重要。经过改革开放40年的发展，中国法理学立足中国法治发展的实践，在理论层面经过长时间的积累，已经有了飞跃性的发展，但这些变化在传统的教材中并没有得到很好的体现¹。究其根本原因，与法理学本科教学理念更新滞后有关。在新时代多重动因的促动下，中国法理学理论成就正突飞猛进，本科教学理念已经进入到全面更新时期，如何将法学理论的时代发展与日常教学活动充分地结合直接关系到教学实效。

一、法理学本科教学理念更新的时代动因

张文显教授在《法理：法理学的中心主题和法学的共同关注》中，就中国法学界对法理学研究存在一些问题的看法和倾向指出，“中国法理学以其得天独厚的法律文化涵养和前所未有的依法治国实践根基，以其鲜明的中国特色和社会主义定力，正跻身世界法理学之林；中国法理学的生命没有终结，也不会终结，但以教材为法理学知识体系、理论体系、话语体系主导载体的中国法理学确实存在着日益显现的弊端和缺陷，迫切需要与时俱进、创新发展、转型升级。”²这一方面肯定了中国法理学发展的成就，也指出了当下发展存在的迫切问题。法理学教材体系基础上的更新已经具备了时代动因。当前中国法理学本科教学理念更新的时代动因主要表现在以下三个方面：

一是国家治理现代化的需求。在国家治理层面上，党的十八大以来，中国法治领域的发展与进步，法治实践必定促动法治理论的全面提升。依法治国总目标的确定，中国法治建设实现了从建设中国特色社会主

¹ 参见王奇才：《法理学教材的新时代定位》，《中国大学教学》，2018年第5期。

² 张文显：《法理：法理学的中心主题和法学的共同关注》，《清华法学》2017年第4期，第5。

义法律体系到法治体系的转换；社会主义核心价值观的确立，必将促动中国特色社会主义法律价值观的进步与发展。特别是党的十九大报告绘制了新时代法治建设的宏伟蓝图，进一步明确了新时代法治建设的价值取向、总体目标和重要任务，构建了全面依法治国的基本方略。中国社会主要矛盾的变化，对未来法律调整重心产生影响。完善中国特色社会主义法治理论，既是马克思主义中国化与现实化的时代回应，更是当代中国法治发展的重心所在，这也同时赋予给理论法学更高的使命时代。

二是科技进步的促动。科学技术高速发展的今天，人工智能时代的全面来临，传统法学知识体系正面临挑战与更新。在社会领域，随着新型权利的不断涌现，人们权利诉求的合法增长，常态化存在的零敲碎打式的更新更需要在整体性的视野中加以审视和整合，来自实践领域法律变革的诉求又促动了中国特色社会主义法学理论与实践的发展。

三是法理学在中国法学教育体系中的地位使然。在当前我国法学本科教育的课程体系中，法理学在16门核心课程中位居首位，上述时代发展与变革在法学领域的反映都在一定程度上成为这门学科的时代使命。在以往的教学实践中，法理学实际上却总是在某种程度上被忽略，没有受到应有重视的学科。如何处理好这门学科与法学本科教育普遍受到国家司法（法律职业资格）考试影响，如何让学生通过法理学这门课程的学习真正在知识、能力和素养方面受益，如何处理好这门课程学习与其他部门法课程的学习关系等问题。在学习过程中，帮助学生克服学习上的心理障碍。通常学生们在学习过程中会认为，这门课的作用除了考试学分、考研等需要外，有如鸡肋一般。除非出于学生的个人爱好或者授课教师个人的魅力，学生们很难对这门理论性强、内容干涩、实用性不足、知识转化缓慢、理论更新滞后的学科产生深深的爱恋。在这一状况下，要帮助学生更好地理解和认识法理学这门法学专业本科学生的必修基础课程对于法科生的意义，其不仅仅在于为得到一个满意的考分，而在于其影响将贯穿和延续至法科学生职业与人生的始终。

二、新时代法理学本科教学理念更新的基本方向及内容

发展中国特色社会主义法学是新时代的召唤。党的十八届四中全会决议明确提出，“全面推进依法治国，总目标是建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家”。在发展道路上“决不照搬外国法治理念和模式”坚持走中国特色社会主义法治道路。党的十九大报告在“坚持全面依法治国”基本方略中，继续强调要“发展中国特色社会主义法治理论”。这就在顶层设计上为理论法学指明了方向。习近平总书记在考察中国政法大学时指出，高等教育“要以我为主、兼收并蓄、突出特色，深入研究和解决好为谁教、教什么、教给谁、怎样教的问题”。这是对中国法学教育事业在新时代提出的新要求、新课题和新任务。在已有知识体系和教材体系的基础上发展中国特色社会主义法理学成为时代命题。

（一）继续坚持马克思主义对法理学的指导与统领

正确理解和处理马克思主义对法理学的指导和统领地位，将其理论与方法与中国法治发展和法学实践相结合，在“马克思主义进教材、马克思主义进课堂、马克思主义进头脑”新时代教育精神的指导下，在日常教学中将马克思主义的法学原理与法理学的具体理论知识相联结。从马克思的法学思想入手，引导学生走进马克思主义哲学理论本身，要让学生切实地理解马克思所处的时代法律的核心问题，及其马克思思考问题的方式和逻辑。马克思不论在法的本体、法的价值还是法的历史、法律与政治、法律与经济、法律与宗教、法律与文化等方面都为我们提供了很好的分析思路与立场，这为学生更好地理解法理学中基本问题提供深刻理论基础。例如在法的本质上，马克思说，法律“是事物的法理本质的普遍和真正的表达者。因此，事物的法理本质不能按法律行事，而法律倒必须按事物的法理本质行事。”³解析马克思的自然法学观及其发展，结合教材中列宁关于法的本体的理论进行分析，明确马克思主义法学的发展性。在法的价值问题上，马克思说，“法律不是压制自由的措施。……恰恰相反，法律是肯定的、明确的、普遍的规范，在这些规范中自由获得了一种与个人无关的、理论的、不取决于个别人的任性的存在。法典就是人民自由的圣经。”⁴马克思从法律与自由的关系出发，对法律的自由价值进行了本体论意义上的阐释。等等。走进马克思所处的时代，走进马克思的法学理论本身让我们更好将理解和认识马克思主义法学理论的生命力所在。

（二）用社会主义核心价值观统领法律价值观

从改革开放到现在40年的时间里，当代中国法律价值观发生深刻的变革。党的十八大报告指出：“倡导富强、民主、文明、和谐，倡导自由、平等、公正、法治，倡导爱国、敬业、诚信、友善，积极培育和社会主义核心价值观。”社会主义核心价值观从国家、社会、个人三个层面对中国的国家价值观在价值目标、价值取向、价值准则等方面进行完整的阐释。对国家而言，“富强、民主、文明、和谐”是发展方向；对整个社会而言，“自由、平等、公正、法治”是人们社会生活的基本价值诉求；对个人而言，“爱国、敬业、诚信、友善”是公民个人基本价值准则。

用社会主义核心价值观统领法律价值观，使之成为法理学教学过程中的魂之所在。在给学阐释清楚社会主义核心价值观的基本内涵和各个层面的基本要求后，将其与当代中国社会主要矛盾转换相联结。当代中国在40年的时间里，已经实现了从“以经济建设为中心”转向了对“美好生活需求”进步。在社会主要矛盾转换的背景下，从“物质文化需求”到“美好生活需求”，从“落后的社会生产”到“不平衡不充分的发展”，这是一个历史性的转变，对未来中国发展方向、发展目标作了精准定位。当代中国社会主要矛盾转变的清晰阐发，使得中国特色社会主义法治理论发展获得了价值论层面的全面跃升，中国人继“站起来”、“富起来”和“强起来”，更要“美起来”。中国特色社会主义法治理论跃升到了对“美”与“和谐”追求的审美阶段，是发展质量的提升，更是对人全面发展和社会全面进步的关注。

³ 《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社，1995年版，第244。

⁴ 《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社，1995年版，第176。

（三）立足中国法治发展总目标和最新成就完善法理学的知识体系

把中国法治发展的最新成就及时地融入法理学的知识体系之中。例如当代中国法律体系理论与实践的发展问题。2011年随着中国特色社会主义法律体系的建成，2014年党的十八届四中全会通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确，“坚持走中国特色社会主义法治道路，建设中国特色社会主义法治体系”，实现了由建设中国特色社会主义法律体系到建设中国特色社会主义法治体系的转换，法治体系建设成为全面依法治国的总目标，同时彰显了法治的基本价值。如果说法律体系是一种客观描述，那么法治体系则包括了保障人权、制约公权、维护公平正义等基本价值⁵。

首先，要在中国法律体系发展实践的阶段性中更好地认识，完善中国特色社会主义法律体系是法治体系建设总目标实现的制度保障基础。党的十九大以后，进入到建设中国特色社会主义法治体系这一总目标的实现阶段。在“全面依法治国，总目标是建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家”的基础上，继续“坚持全面依法治国”。

在实践中，中国特色社会主义法律体系建成后存在理论与实践发展的割裂，相比于法律体系的建设与发展实践，我国对法律体系理论上的深入研究较为短缺，研究视域也有很大的局限，法律体系的通用理论一直停留在部门法理论的层面，略显简单和苍白，理论的更新没能跟得上实践的发展。例如，在法理学教材体系中，法律体系依然沿用原来的法律部门的划分标准，以调整对象和调整方法为内容。中国特色社会主义法律体系在实践中突飞猛进，原有的理论早已不能很好地解释和解决当前基于法律体系而产生的理论与实践问题了。因此，对中国法律体系的认知进行全面更新非常迫切。

其次，在方法论上，要进一步明确对马克思主义历史与逻辑统一原则的贯彻，使理论研究跟上时代发展，让时代发展促进理论的进步。在统编教材中，马克思主义法学方法论主要包括坚持实事求是的思想路线、坚持社会存在决定社会意识的观点、坚持社会现象的普遍联系和相互作用的观点、坚持社会历史的发展观点等内容。⁶在这些方法的具体实施中，只有做到历史与逻辑的统一，使“研究的起点”和“历史的起点”一致起来，才能真正将中国法治的发展和进步在理论上表达出来。

最后，要对当代中国法律体系的现实成就及时进行理论层面的梳理和系统化概括总结，进一步提升相关理论的中国特色之处，让中国和世界都能更好地了解中国法律体系的进步与发展。⁷从中国特色社会主义法律体系到法治体系的转换，体现了中国特色社会主义法治理论的发展性和创新性，既是实践的进步，更是理论上的创新。当代中国在公法和私法划分的基础上进行中国特色社会主义法理论的创造性发展。上述理论上的进步与发展应当在授课过程中给学生进行必要的阐释，以弥补目前教材更新的滞后。

（四）正视人工智能时代对法理学理论构成的挑战

引导学生正确认识人工智能时代中国法理学理论层面面临的挑战。如人工智能的飞速发展与社会生活中的广泛运用，产生的法律问题应接不暇，从机器人的公民身份到无人驾驶的法律责任、从区块链技术到数字货币的监管等对法律知识体系构成冲击。在法律关系的客体方面，客体的种类从原来的物、人身人格、智力成果、行为、信息等已经扩容，比如虚拟财产，它经历了财产权的认可，再到上升到法律制度保护的层面，再如人工智能生成物的著作权问题，法律客体在种类上又有所扩充。新时代我们国家正在探索虚拟财产的法定化之路。从虚拟财产到虚拟财产权再到法律制度保护，承载权利义务内容，很多方面尚处于探索之中。在法律关系的内容上，随着新型权利的与日俱增，权利和义务的内容正在发生改变。这个时代从传统法律形式、到法律的人性根基、再到法律的价值观、再到规则体系的构成等诸多方面都面临新的问题，相应的，对这些法律领域的新问题本身应当引导学生进行积极的思考，如何应对人工智能时代法律从本体到价值的变革趋势，同时引导学生以理性客观的态度，面对新问题。

三、新时代法理学本科教学更新的实践路径

新时代是中国法理学升级转型的时代，“只有提炼法理，体现法理，具有法理之后，法理学才能成为名副其实的法学，才能真正转型升级”，⁸提炼法理应当成为一线法理学教师的必修课。在加强自身法理学修养的同时，在法理学本科教学理念更新基本方向指引下，紧紧围绕学科特征确立相应方法。关注中国特色社会主义法治的实践问题、积极提炼中国特色社会主义法治建设中的法理问题的“中国法治实践学派”正在生成。但这些变化在中国传统高等学校法学本科教材中并没有得到及时的体现，理论领域的进步和发展并没能在教学体系中有充分的体现。当前中国学术领域中的法教义学与社科法学的争论旷日持久，在一定程度上更加说明了要解决这个问题的迫切性。

其一，立足法理学知识的一般性与普遍性的特征，从整体性出发，阐释清楚法学各门学科之间的联系及其法理学在其中的作用和地位。运用马克思主义哲学中的整体性理论，对法学知识体系进行总体性的解读，帮助学生将所学法学知识进行整体意义上的理解。比如对于“法的起源和发展”这部分内容，通过普法电影《被告山杠爷》来让学生感受到国家法与习惯法（或民间法）的关系，形成直观的活生生的印象，并在课本相关理论内容的基础上引导学生进行更深入的思考。

其二，立足当下中国法治理论与实践的新成就，从中国现实性出发，围绕法治国家发展的总目标，让学生理解中国法学将向何处去的问题，阐发中国法理学中的中国特色内容。在建设中国特色法治模式的过程中，如何寻求中国风格、中国道路。运用法系的理论与实践的相关内容，从世界范围内大陆法系、英美法

⁵ 参见文显：《法治中国的理论建构》，法律出版社，2016年版，第108。

⁶ 参见文显：《法理学》，高等教育出版社、北京大学出版社2011年第4版，第8。

⁷ 参见昌宇：《中国法律体系苏联渊源的当代反省》，《法治现代化研究》2017年第5期。

⁸ 邱本：《如何提炼法理？》，《法制与社会发展》，2018年第1期，第5。

系、苏联社会主义法系等的形成与演化的历史进程中透视中国的独特性。改变言必称西方的传统模式，让学生在现实中感受到中国法治的独特性。在这一过程中，采用“对话式课堂”，在通过多媒体展示中国法治进步的同时，引导学生用所学知识解读与回应中国法治实践中的问题。

其三，从实用性出发，结合学习这门课程对学生的有用性出发，解决学生的知识需求。当前国家的研究生入学考试、法律职业资格考试等，法理学都是必要而重要的部分。从这个方面给学生解释清楚考什么、如何考、怎样答的机理非常重要。在提升课堂学习效率同时让学生感受到这门学科的实用性。结合历年法律职业资格考试中的法学理论部分的考题，采用“研究性学习”的方式，引导学生如何运用所学法学知识对此类问题进行分析，增强学生分析问题的能力。

其四，从法理学的发展性出发，以理论的开放性为基础，为学生介绍这门学科的前沿知识，把握时代脉搏，注重更新知识。在智能互联网时代，伴随互联网的发展、人工智能的广泛运用、信息化时代的来临等社会领域的变革，法律正面临全面的变革，从法学的基本理论到法律制度规范体系、再到权利观念等领域正面临前所未有的挑战，教材书本中的理论知识正面临全面的更新，教师的职责是将最新的知识和信息传递给学生。

其五，从法学知识的联系性出发，将部门法知识的学习与理论法学的知识联系起来，从而提升法理学的实践性。运用部门法案例进行法理层面的解析，让学生真正学会运用“从具体到抽象，再从抽象到具体”的马克思主义研究方法来解决实际问题。让学生感受到案件背后的法理，并学会如何运用法学理论分析案件事实，不断提升理论素养。在此基础上提升法理学的实践性，更好地实现理论知识向实践能力的转化。

综上，新时代法理学本科教学理念更新既是时代要求，也是互联网+时代科技发展进步的要求，更是高等学校法学教育创新发展的内在要求，这也同时触及到了中国法理学教育向何处去的问题。在总体上，要继续坚持马克思主义法学基本立场，用社会主义核心价值观统领当代中国的法律价值观，立足中国法治发展总目标和最新成就完善法理学的知识体系，同时正视人工智能时代对法理学理论与法治实践构成的诸多挑战。要将这些观念落到实处，必须在教学过程和教学方法上从法理学课程特点出发，在课程的基本内容上下功夫。立足法理学知识的一般性与普遍性的特征，帮助学生将所学法学知识进行整体意义上的理解；立足当下中国法治理论与实践的新成就，围绕法治国家发展的总目标，阐发中国法理学中的中国特色内容；从实用性出发，解决学生的知识需求；从法理学的发展性出发，将最新的知识和信息传递给学生；从法学知识的联系性出发，与部门法知识进行结合，提升法理学的实践性和实效性。