

ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА В КИТАЕ И РОССИИ



中俄法学

№ 4 / 2021

ЕЖЕГОДНИК



ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА В КИТАЕ И РОССИИ

中俄法学

№ 4 / 2021
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
-------------------------	---

ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА БЕЗ ГРАНИЦ

Наследственное и семейное право

<i>Долинская В. В.</i> Брачный договор в праве Китайской Народной Республики и Российской Федерации.	9
<i>Ян Цзянь, Лю Гуань-хэ.</i> Сравнительное исследование общих временных норм китайской и российской систем наследования по завещанию: институциональные аспекты	15
<i>Ли Фан.</i> Наследование по соглашению о наследовании (наследственному договору) в Китае и России: сравнительно-правовое исследование	26

Гражданское право

<i>Ян Чаньюй.</i> Методологические основы развития норм Гражданского кодекса Китайской Народной Республики	35
<i>Ван Гэя.</i> Раздел о браке и семье в Гражданском кодексе: ценности, инновации, применимость	43

Государственное строительство и безопасность

<i>Ю Сяохун.</i> История российской Конституции 1993 года уходит корнями в прошлое	52
<i>Белхароев Х. У.</i> К вопросу о законодательном регулировании надежного обеспечения страны продовольствием в условиях введения экономических санкций западных стран в отношении России.	59
<i>Ван Чунмэй.</i> Анализ правовых источников внедрения основных социалистических ценностей в «Закон о страховании»	64
<i>Лун Чанхай.</i> Роль мягкого права при сотрудничестве Китая и России	71

Цифровое право

<i>Чжан Цзяньвэнь, Ян Хуань.</i> Обеспечение безопасности данных в электронном виде (о законопроекте КНР «О безопасности данных»)	74
<i>Салия М. Р.</i> Международно-правовое и национальное регулирование цифровой валюты: опыт Китая и Европейского Союза	82

Прокурорский надзор, защита прав человека

<i>Отческая Т. И.</i> Прокуратура на защите прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации и Китайской Народной Республике	87
---	----

Мишакова Н. В. Сравнительный анализ организации деятельности правоохранительных органов Китайской Народной Республики и Российской Федерации	93
Латыпова Н. С. Проблемы защиты прав человека в условиях пандемии COVID-19	96
Кручинина Н. В. Демография и репродуктивные права человека: проблемы и перспективы	101
Шэн Пэйчжуо, Чжу Сюэлинь, Ван Чуньмэй. Правовое регулирование сохранения культурных ценностей в рамках частного права в эпоху искусственного интеллекта	105
Новосельцев А. Ю., Степанюгин К. В. «Самоочевидные истины» в современной интерпретации	114

Судебная система

Ван Хайцзюнь. Практические требования и институциональные изменения действия судебной власти в переходный период в России	118
Гун Нань, Федоров И. И. Историческая эволюция судебной системы Древней Руси в аспекте обычного права	126
Антонен А. А. Роль государственных обвинителей в судах с участием присяжных заседателей: опыт Российской Федерации и Китайской Народной Республики	132
Нго Хуу Фуок, Нгуен Тхи Ким Кук. Консультативная компетенция по международному праву Международного Суда: теоретические и практические вопросы	136

Экологическое право

Спиридонов Д. В. Китайское экологическое чудо	146
--	-----

Уголовное право

Комиссарова Я. В. Об ошибках при назначении судебно-медицинской экспертизы по делам о преступлениях в сфере искусственной репродукции человека	151
Чжоу Хэн, Ван Гуанлун. Эволюция уголовно-правовой охраны избирательных прав в Китае	155
Сюй Кай. Сравнительное исследование преступлений преднамеренной невыплаты заработной платы в уголовных кодексах Китая и России	159
Никитин А. А. Механизм формирования правоприменительного усмотрения	163

Противодействие терроризму

Чжао Юньфэн. Современное развитие законодательства о борьбе с терроризмом ...	170
Холопова Е. Н. Комплексная характеристика биологического терроризма	180

Современные коммуникационные проблемы научного общения

Буденная С. Ю. Специфика межкультурного профессионального общения представителей правовых культур России и КНР	185
---	-----

Слово к читателям

Concordia parvae res crescunt,
discordia maximae dilata buntur.

При согласии и малые государства (или дела) растут,
при раздорах и великие разрушаются.

Гай Саллюстий Крисп, древнеримский историк



Дорогие друзья!
Четвертый год мы встречаемся с вами на страницах нашего журнала. Говорим о важных проблемах в развитии отечественного законодательства и законодательства Китайской Народной Республики, обращаем внимание на тенденции и перспективы раз-

вития юридической науки двух стран. Конечно, в каждом из государств сформировалось свое собственное понимание права и, тем не менее, есть объединяющие начала и объединяющие вопросы, которые предполагают аналитическое обсуждение и вдумчивое прогнозирование.

Представляя настоящий номер ежегодника «Юридическая наука в Китае и России», хотелось бы обратить внимание на одно знаменательное событие. 16 июля 2001 г. в Москве был подписан Договор о добрососедстве, дружбе и сотрудничестве между Российской Федерацией и Китайской Народной Республикой, скрепленный подписями Президента России В. В. Путина и Председателя КНР Цзян Цзэминя.

За 20 лет, прошедших с момента подписания этого важнейшего документа, отношения между Российской Федерацией и Китайской Народной Республикой достигли беспрецедентных высот, стали образцом межгосударственного сотрудничества в XXI веке. Идеальная доминанта Договора — постулат о решимости сторон «передавать дружбу между двумя народами из поколения в поколение». Это уникальная правовая формула, которая нигде больше не встречается. Россия и Китай берегут славные страницы общей истории и придерживаются сходных взглядов на причины, ход и итоги Второй мировой войны. Единым фронтом выступают против попыток их пересмотра, фальсификации истории, героизации военных преступников и их пособников.

Большое значение Договор имеет для развития гуманитарных связей. За последние годы

они приобрели самый широкий охват и внушительный масштаб, неизменно способствуя упрочению социальной базы российско-китайского стратегического партнерства.

Сотрудничество между Китаем и Россией в сфере науки и образования продолжает непрерывно расширяться, растут качество и масштабы взаимодействия. Выстроен качественный образовательный обмен. Комплексный характер научного и научно-технического сотрудничества, важность результатов сотрудничества для всего человечества, вопросы использования продуктов интеллектуальной деятельности требуют объединения усилий ученых наших государств. Не случайно 2020 и 2021 гг. были объявлены Годом российско-китайского научно-технического и инновационного сотрудничества.

И здесь, на наш взгляд, значимую роль в развитии позитивных отношений двух государств может играть ежегодник «Юридическая наука в Китае и России». Это объясняется общим стремлением наших Университетов развивать сотрудничество в области науки и образования, потенциал которого достаточно велик. В настоящее время отношения России и Китая остаются доверительными, что вселяет надежду на перспективное, плодотворное сотрудничество наших Университетов.

Обращая внимание на статьи, публикуемые в очередном номере Ежегодника, мы отмечаем тот факт, что многие затронутые проблемы не лишены дискуссионности, но именно это позволяет представителям академической науки обмениваться мнениями по ключевым теоретическим проблемам развития, взаимодействия России и Китая. Мы исходим из того, что наши читатели, а это в первую очередь юристы, которые профессионально занимаются вопросами различных отраслей права и законодательства, получают



важные ориентиры в осмыслении и анализе правоведческих задач.

Вместе с тем в рядах наших читателей мы надеемся увидеть не только представителей науки, преподавателей вузов, но и работников, руководителей государственных органов всех ветвей власти, предпринимателей, широкого круга граждан в России и Китае, что, безусловно, будет

способствовать благоприятному развитию российско-китайских отношений, а в итоге — определенной мировой стабильности.

Верим, Ежегодник за счет многообразия точек зрения, широты, актуальности подходов и дальше будет вносить свой вклад в модернизацию образования, развитие научно-технического сотрудничества России и Китая.

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

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

致读者



但凡期刊，当是一如既往地不断更新。今天呈现给大家的本期年刊，着力推出的是中俄两国法学家的文章。

本期年刊出版的年度，正值《中华人民共和国和俄罗斯联邦睦邻友好合作条约》签署20周年之际，因此，具有特殊意义。20年前，俄罗斯总统普京和中国国家

主席江泽民签署了该项重要国际合作文件。

俄罗斯联邦与中华人民共和国之间的关系达到了前所未有的高度，成为21世纪国家间合作的典范。该《条约》的主导思想是双方决心将两国人民之间的友谊代代相传。这是一种独一无二、绝无仅有的法律范式。我们珍视两国共同历史的光辉篇章，并对第二次世界大战的起因、过程和结果持有相同的看法。我们建立了统一战线，反对篡改二战结果、歪曲历史、美化战犯及其帮凶的企图。

该《条约》对于人文合作的意义非同小可。近年来，两国在此方面的合作覆盖面广泛、规模巨大，一如既往地巩固俄中新时代全面战略协作伙伴关系的社会基础做出贡献。

中俄两国在科学与教育领域的合作范围、规模和质量继续呈不断扩展和提升态势，建立了高质量的教育交流机制。学术与科技合作的复杂性、合作

成果对全人类的重要性，以及知识产权的利用问题，都需要我们两国科学家的共同努力。2020---2021年俄中“科技创新年”的举办就证明了这一点。

《中俄法学》实现了中俄两国高校共同发展科教领域合作的共同愿望，其在两国关系中发挥着重要作用，潜力巨大。目前，俄罗斯与中国之间的互信关系，为我们高校之间开展长期合作的美好愿景奠定了基础。

本期刊登的文章，所涉及的多数问题均是存在争议的，而这正是本刊创办的宗旨，即为中俄两国科研人员提供一个交流平台，使他们能够就俄中之间发展和互动中的主要学术问题交换意见。

我们期刊面向的主要读者，是从事不同部门法和立法问题研究的法律界专业人士。

正值本刊与读者见面之际，诚挚希望本刊能够切实加深与读者之间的合作。希望本刊能够成功建构自己独树一帜的风格，为俄罗斯与中国之间的科技合作、教育现代化的发展做出贡献，与此同时，能够展现出各种不同观点和方法的碰撞。当然，我们更希望本年刊能够引起学界人士、各级政府部门领导及工作人员、企业家，以及中俄两国人民的广泛关注与共鸣。



俄方主编

什帕科夫斯 Ю. Г.

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、法学博士

Наследственное и семейное право

Брачный договор в праве Китайской Народной Республики и Российской Федерации Prenuptial agreement in the law of the People's Republic of China and the Russian Federation

В. В. Долинская,
доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского права
Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
член Научно-консультативного совета
при Верховном Суде Российской Федерации, Россия
civil-vvd@yandex.ru

V. V. Dolinskaya,
Dr. Sci (Law), Professor,
Professor of the Civil Law Department
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),
Member of the Scientific Advisory Board
of the Supreme Court of the Russian Federation, Russia
civil-vvd@yandex.ru

© В. В. Долинская, 2021

Аннотация. Проанализировано семейное законодательство Китая и России. Выявлены основные характеристики и специфика брачного договора. Предложены дальнейшие пути развития правового регулирования рассмотренной группы семейных отношений.

Ключевые слова: брачный договор, договор, семейное право, имущественные отношения, личные неимущественные отношения, социальное право, частное право.

Abstract. The family legislation of China and Russia is analyzed. The main characteristics and specifics of the marriage contract are revealed. Further ways of development of legal regulation of the considered group of family relations are offered.

Keywords: marriage contract; contract; family law; property relations; personal non-property relations; social law; private law.

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.009-014

Россия и Китай — страны с многовековыми традициями в сфере социальных отношений, что находит, наряду с глобализацией ценности прав и свобод человека, отражение в праве.

Для исследования этих процессов обратимся к конструкции брачного договора. Наш выбор обусловлен значением семьи в социально-экономическом развитии общества¹ и государства и

¹ См., например: Долинская В. В. Семья в системе субъектов экономической деятельности: § 1 гл. 2 // Семейный бизнес в правовом пространстве России : монография / отв. ред. И. В. Ершова, А. Н. Левушкин. М. : Проспект, 2020.

спецификой договорных отношений в семейном праве.

В 2019 г. в КНР было зарегистрировано 9,471 млн браков и 4,154 млн фактов расторжения брака². В Российской Федерации, соответственно, 950,2 тыс. и 620,7 тыс.³ (данные по бракам/разводам запаздывают в среднем на полтора года). То есть разводы составляют от общего числа браков свыше 43 % в Китае и свыше 65 % в России.

По судебной статистике⁴ самыми распространенными спорами при разводе являются дела о разделе имущества, что требует обращения к вопросу о его правовом режиме, а он сейчас во многих странах разных правовых систем устанавливается и законом, и соглашением.

В римском праве договор рассматривался как основание для возникновения правоотношений, как само правоотношение и как форма, в которой должно возникать определенное правоотношение⁵.

Конструкция договора как соглашения нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении прав и обязанностей используется в различных отраслях права: гражданском⁶, корпоративном⁷, налоговом⁸, международном частном⁹ и др.

Для нашего исследования значимы такие его характеристики, как:

- соглашение, т.е. взаимное волеизъявление сторон;
- количественная характеристика сторон;
- цель (сформулированная пока в самом общем виде) — установление, изменение или прекращение прав и обязанностей.

Встречаются договоры и в семейном законодательстве. Например, брачному договору посвящены гл. 8 (ст. 40—44) Семейного кодекса РФ от 29.12.1995 № 223-ФЗ (далее — СК РФ)¹⁰ и ст. 19 Закона КНР от 10.09.1980 «О браке» в ред. от 28.04.2001 (далее — Закон о браке)¹¹.

Не вступая в дискуссию об отраслевой природе брачного договора¹², рассмотрим его значимые характеристики.

Все исследователи признают спецификой этого соглашения его субъектный состав. Брачный договор может быть заключен не любым лицом, а только физическим, только супругом (ст. 19 Закона о браке, ст. 40 СК РФ) или лицом, вступающим в брак (ст. 40 СК РФ), т.е. удовлетворяющим требованиям не просто семейно-правовой, а брачной правосубъектности или позитивным и негативным условиям вступления в брак:

² URL: <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1660866717117287236&wfr=spider&for=pc>.

³ URL: <https://rosstat.gov.ru/>.

⁴ URL: <http://www.cdep.ru/>; *Пань Юэ*. Правовой режим имущества супругов в КНР // URL: <http://www.chinacourt.org/html/article/200812/15/335739.shtml> [здесь и далее в связи с трудностями воспроизведения названия на языке оригинала дается перевод].

⁵ См.: *Дернбург Г.* Пандекты. Обязательственное право. М., 1900. С. 18.

⁶ См., например: *Белов В. Е., Соменков С. А.* Гражданское право: Общие положения о договорах : учебное пособие / отв. ред. В. В. Долинская, В. Л. Слесарев / науч. ред. В. Л. Слесарев. М. : Проспект, 2016. Серия «Гражданское право».

⁷ См., например: *Долинская В. В.* Корпоративный договор // *Законы России: опыт, анализ, практика*. 2016. № 2.

⁸ См., например: *Поротиков Д. А.* Правовая природа налоговых соглашений // *Российский юридический журнал*. 2004. № 4.

⁹ См., например: *Тульчинская А. Д.* Формы соглашений о применимом праве в МЧП России и КНР // *Экономика. Право. Общество*. 2020. Т. 5. № 3 [23].

¹⁰ СК РФ. 1996. № 1. Ст. 16 [с изм.].

¹¹ URL: <https://www.chinacourt.org/law/detail/1980/09/id/1543.shtml> ; URL: <http://chinalawinfo.ru/all> ; URL: http://www.gov.cn/banshi/2005-08/21/content_25037.htm. Текст на рус. яз.: URL: <https://ru-chinafamily.livejournal.com/3854.html>.

¹² См.: *Абашин Э. А.* Семейное право : учеб. пособие. М. : Форум-Инфра, 2003 ; *Антокольская М. В.* Семейное право. М. : Юрист, 1996 ; *Бондов С. Н.* Брачный договор. М. : Закон и право, 2000 ; *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая : Общие положения. М. : Статут, 2002 ; *Долинская В. В.* Брачный договор в системе договоров частного права. Глава 4 // *Семейное право России: проблемы и перспективы развития : колл. монография / В. В. Долинская, Л. В. Ладочкина, В. Д. Рузанова и др.* Саратов : Изд-во Саратовской государственной юридической академии, 2019 ; *Она же*. Взаимодействие гражданского и семейного права на примере брачного договора. § 2.2 // *Применение положений части первой ГК РФ при регулировании семейных отношений: проблема соотношения гражданского и семейного законодательства : монография / отв. ред. Ю. Ф. Беспалов. М. : РГ-Пресс, 2020 ; Елкина О. С.* Брачный договор как способ обеспечения имущественных прав супругов // *Гражданское право*. 2009. № 4. С. 42—46 ; *Загоровский А. И.* Курс семейного права (воспроизводится по второму изданию Одесса, 1909 г.). М. : "Зерцало", 2003 ; *Злобина И. В.* Собственность в семье: проблемы правового регулирования: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2001 ; *Иоффе О. С.* Советское гражданское право. М., 1967 ; *Комментарий к Семейному кодексу РФ*. М. : Бек, 1996 ; *Комментарий к Семейному кодексу РФ / под ред. П. В. Крашенинникова, П. И. Седугина. М. : Статут, 2002 ; Максимович Л. Б.* Брачный договор как способ регулирования имущественных отношений супругов // *Нотариус*. 1997. № 1. С. 58—64 ; *Она же*. Брачный договор в российском праве. М. : Ось-89, 2003 ; *Муратова С. А.* Се-

- достижение брачного возраста (18 лет — в России, ст. 13 СК РФ; 22 года для мужчин и 20 лет для женщин — в Китае, ст. 6 Закона о браке), или в России — наличие разрешения органов местного самоуправления по месту жительства лиц, желающих вступить в брак, на вступление в брак до его достижения (после 16 лет), или наличие и реализация нормы закона субъекта РФ о разрешении на вступление в брак до достижения 16 лет;
- добровольное согласие на брак (ст. 3, 5 Закона о браке, ст. 12 СК РФ);
- заключение брака в специализированных государственных органах (в органах регистрации браков — ст. 8 Закона о браке; органах записи актов гражданского состояния — ст. 10, 11 СК РФ);
- отсутствие другого зарегистрированного брака (ст. 3, 10 Закона о браке, ст. 14 СК РФ);
- отсутствие близкого родства (ст. 7 (1), 10 Закона о браке, ст. 14 СК РФ)¹³;

Законодательство России содержит также прогрессивный с социальной и юридической точки зрения негативный ценз — отсутствие отношений с другой стороной усыновителя и усыновленного (в КНР его можно вывести косвенным образом путем толкования ст. 26 Закона о браке).

Представляется весьма рациональным запрет в китайском законодательстве на вступление в брак при наличии у одной из сторон болезней, которые с медицинской точки зрения препятствуют вступлению в брак (ст. 7 (2), 10 Закона о браке) и перечень которых определяется императивными нормами правовых актов. Эти заболевания связаны не только с психическими расстройствами здоровья, но и с физическими недугами.

В России медицинское обследование лиц, вступающих в брак, проводится только с согласия лиц, вступающих в брак, а его результаты могут быть сообщены партнеру только с согласия лица, прошедшего обследование (ст. 15 СК РФ). Сокрытие наличия только венерической болезни или ВИЧ-инфекции порождает право другого супруга обратиться в суд с требованием о признании брака недействительным (п. 3 ст. 15, ст. 27—30 СК РФ). Негативным цензом для заключения брака в России является лишь решения суда о призна-

нии недееспособным вследствие психического расстройства (ст. 14 СК РФ). Представляется, что будущий супруг имеет право на информацию, например, о возможности партнера завести общих детей или о необходимости постоянного постороннего ухода в случае его инвалидности, ограниченных возможностей здоровья.

Помимо морального аспекта, норма СК РФ вызывает критику также по формальному критерию — она не приведена в соответствие с п. 2 ст. 30 ГК РФ, посвященным ограничению дееспособности лиц, которые вследствие психического расстройства могут «понимать значение своих действий или руководить ими лишь при помощи других лиц».

Помимо того, что брачный договор может быть заключен, как указано выше, только с физическим лицом, только с супругом (ст. 19 Закона о браке, ст. 40 СК РФ) или лицом, вступающим с другой стороной в брак (ст. 40 СК РФ), т.е. удовлетворяющим требованиям брачной правосубъектности или позитивным и негативным условиям вступления в брак, в законодательстве добавляются к этому такие условия, как пол, противоположный полу другой стороны, и взаимное добровольное согласие на брак.

Из характеристики субъектного состава следуют ограничения:

- 1) в выборе модели договорных отношений — брачный договор может быть только двусторонним;
- 2) в сроках его заключения — не в любое время, а только в период нахождения в браке с другой стороной (в КНР и России) или в период вступления в него (в России).

Содержание договора (терминология СК РФ, его предмет — терминология Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ)) строго ограничены законом.

В России это положения, касающиеся только имущественных отношений супругов (ст. 42 СК РФ). Помимо прямого запрета на регулирование личных неимущественных отношений между супругами, прав и обязанностей супругов в отношении детей, п. 3 ст. 42 СК РФ устанавливает, что брачный договор «не может ограничивать правоспособность или дееспособность супругов,

мейное право. М. : Эксмо, 2004 ; Мыскин А. В. Брачный договор: гражданско-правовой договор или договор особого рода? // Гражданское право. 2006. № 2 ; Нечаева А. М. Семейное право: проблемы и перспективы развития // Государство и право. 1999. № 3 ; Низамиева О. Н. Договорное регулирование имущественных отношений супругов : дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 1999 ; Она же. Договорное регулирование имущественных отношений в семье : учеб. пособие. М., 2003 ; Пчелинцева Л. М. Семейное право России : учебник для вузов. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Норма, 2004 ; Семейное право : учебник / под ред. П. В. Крашенинникова. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Статут, 2016 ; Чашкова С. Ю. Система договорных обязательств в российском семейном праве // Семья и право (К 10-летию принятия Семейного кодекса Российской Федерации) : материалы научно-практической конференции. М., 2005 ; Шершень Т. В. Роль основных начал семейного законодательства России в формировании условий брачного договора и определении его действительности // Бюллетень нотариальной практики. 2009. № 5.

¹³ См. также: Акт Госсовета КНР от 30.07.2003 Положение о регистрации браков // URL: <http://chinalawinfo.ru/>.

их право на обращение в суд за защитой своих прав... предусматривать положения, ограничивающие право нетрудоспособного нуждающегося супруга на получение содержания; содержать другие условия, которые ставят одного из супругов в крайне неблагоприятное положение или противостоят основным началам семейного законодательства».

Кроме того, в брачный договор, заключенный между лицами до регистрации брака, нельзя включить условие о распространении на их имущество режима общей совместной собственности до регистрации брака (ст. 33, 34, ч. 2 п. 1 ст. 42 СК РФ, ст. 256 ГК РФ), т.е. стороны не могут использовать норму п. 2 ст. 425 ГК РФ о праве установить, что условия заключенного ими договора применяются к их отношениям, возникшим до заключения договора.

В Законе о браке при в целом сходном подходе (например, установление в ст. 20 обязанности супругов содержать друг друга) нет прямого запрета на регулирование личных неимущественных отношений, что представляется нам более прогрессивным.

К сожалению, в России слишком узко трактуют замечание Д. И. Мейера о том, что «договор представляет собой соглашение воли двух или нескольких лиц, которое порождает право на чужое действие, имеющее имущественный интерес»¹⁴.

При свободе выбора супругами фамилии мужа или жены (ст. 14 Закона о браке) и для детей фамилии отца или матери (ст. 22 Закона о браке), при признании местом жительства несовершеннолетних в возрасте до 14 лет места жительства их законных представителей, в первую очередь родителей (п. 2 ст. 20 ГК РФ) было бы логично разрешить включать в содержание брачного договора порядок выбора супругами фамилии и решение вопроса о ней при разводе, порядок выбора имени и фамилии ребенка, порядок определения места жительства супругов и — при их раздельном проживании — места жительства детей, а также иные вопросы, традиционно относящиеся к сфере личных неимущественных отношений. Ведь бывшие супруги или суд решают, например, вопрос о сроках и месте общения с ребенком отдельно проживающего после развода родителя, и

никто не говорит, что это противоречит началам семейного законодательства.

Закон о браке вообще уделяет большое внимание вопросам личных неимущественных отношений, морали, что, возможно, обусловлено традиционной приверженностью идеям Конфуция о гармонии¹⁵.

Но и в российской правовой традиции есть широкое определение договора, которое дал Г. Ф. Шершеневич: «Соглашение двух или более лиц, направленное к установлению, изменению или прекращению юридических отношений», подчеркнув, что «договор является видом юридической сделки»¹⁶. Яркий пример неимущественных договорных обязательств — соглашение о порядке осуществления родительских прав (ст. 66 СК РФ). О неимущественных обязательствах писали Р. Фон Иеринг¹⁷, Е. В. Пассек¹⁸, И. Б. Новицкий¹⁹, Н. Ю. Рычкова²⁰ и др.

Представляется, что брачный договор, который сейчас регулирует исключительно (в России) или в основном (в Китае) имущественные отношения, должен следовать по пути развития семейного права, постепенно уходящего от права частного к праву социальному.

Неоднозначно и содержание брачного договора по имущественным вопросам.

Согласно ст. 42 СК РФ супруги вправе договором изменить законный режим совместной собственности (ст. 34 СК РФ), «установить режим совместной, долевой или раздельной собственности на все имущество супругов, на его отдельные виды или на имущество каждого из супругов», как в отношении уже имеющегося, так и в отношении будущего имущества супругов, а также «включить в брачный договор любые иные положения, касающиеся имущественных отношений супругов», ограничить права и обязанности, составляющие содержание договора, определенными сроками или поставить их в зависимость от наступления/ненаступления определенных условий.

В сравнении с российским законодательством в китайском есть как достоинства, так и недостатки.

Согласно ст. 19 Закона о браке супруги могут установить режим: индивидуальной собственности, общей без указания ее разновидности (в России общая собственность подразделяется на со-

¹⁴ Мейер Д. И. Русское гражданское право. Ч. 2. М., 1997. Сер. «Классика российской цивилистики». С. 156.

¹⁵ См.: Конфуций. Беседы и суждения Конфуция / ст., подгот. текста, примеч. и общ. ред. Р. В. Грищенкова. СПб.: Кристалл, 1999. Библиотека мировой литературы; Gernet J. Le monde chinois. Paris, 1972.

¹⁶ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права [по изд. 1907 г.]. М., 1995. С. 304.

¹⁷ См.: Иеринг Р. Избранные труды : в 2 т. СПб. : Юридический центр-Пресс, 2006. Т. 1. С. 524 и сл.

¹⁸ См.: Пассек Е. В. Неимущественный интерес и непреодолимая сила в гражданском праве. М. : Статут, 2003. С. 178—180.

¹⁹ См.: Новицкий И. Б. Избранные труды по гражданскому праву : в 2 т. М. : Статут, 2006. Т. 2. С. 68—71.

²⁰ См.: Рычкова Н. Ю. Понятие неимущественного обязательства. Гл. 2 // Реформирование гражданского законодательства: общие положения о сделках, обязательствах и договорах : монография / отв. ред. В. В. Долинская. М. : Проспект, 2018. С. 28—40.

вместную и долевую), «частично индивидуальную, частично общую собственность». Примечательно, что законодательство КНР, ограничивая субъектный состав брачного договора только супругами, разрешает им распорядиться режимом как имущества, приобретенного в период супружества, так и «добрачной собственностью». Дополнительным достоинством китайского законодательства является отказ от режима «мужской собственности», который можно было установить в 30-е гг. XX в.

При довольно широком выборе законодатель отказался от открытой модели договорного режима имущества супругов (когда они сами конструировали режим, определяли разновидность собственности), существовавшей в первоначальной редакции. Такие китайские юристы, как Цай Фухуа (Cai Fuhua)²¹, Ван Цзюнькай (Wang Junkai)²², Хэ Чжи (HeZhi)²³, объясняют это требованиями к безопасности сделок и защитой интересов третьих лиц, а также борьбой с дискриминацией женщин при подписании договоров с мужьями.

Это полностью соответствует принципу равенства мужчин и женщин, провозглашенному на международном уровне и подтвержденному в ст. 2 Закона о браке.

Из принципа равенства прав супругов в семье следует также ограничение в выборе модели договорных отношений в обеих странах — брачный договор может быть только двусторонне обязывающим.

Как исключение из принципа свободы договора стороны не вправе заключить брачный договор в любой форме, как это предусмотрено п. 1 ст. 434 ГК РФ, — законом для него установлена письменная форма (ст. 19 Закона о браке, п. 2 ст. 41 СК РФ), а в России — и нотариальное удостоверение (п. 2 ст. 41 СК РФ).

В Китае, хотя законом и не предусмотрено специальное удостоверение, применяются три его

варианта: регистрация в государственном органе, нотариальное удостоверение и удостоверение у юриста, — но все они не носят обязательного характера, являются добровольными²⁴.

Несоблюдение формы и/или сомнения в толковании в КНР влекут за собой распространение на имущество супругов законного режима, предусмотренного ст. 17, 18 Закона о браке. В России специальные последствия несоблюдения формы соглашений в СК РФ не предусмотрены, следовательно, в силу ст. 4, 5 и 44 СК РФ²⁵ мы обращаемся к нормам гражданского права, а именно к ст. 162 и 165 ГК РФ. В первом случае установлены процессуальные последствия несоблюдения простой письменной формы (а недействительность — только в случаях, предусмотренных законом или соглашением сторон), во втором — признание сделки действительной в судебном порядке по иску исполнившей ее стороны или регистрация на основании решения суда.

Для России важно, что стороны не вправе определить момент вступления брачного договора в силу. Заключенный в браке, он вступает в силу с момента его заключения в надлежащей форме, что осложняется нотариальным удостоверением. Брачный договор, заключенный до государственной регистрации заключения брака, вступает в силу со дня государственной регистрации заключения последнего (ст. 41 СК РФ, ст. 425, 434 ГК РФ).

В России супруги могут изменить или расторгнуть брачный договор в любое время по соглашению между ними (ст. 42, 43 СК РФ). Комплексный анализ норм права позволяет ограничить эту свободу периодом до прекращения брака. В Законе о браке по этому вопросу, к сожалению, обнаружен пробел. Очевидно, решение этого вопроса может быть поставлено в зависимость от применимости другого отраслевого законодательства.

²¹ См., например: Цай Фухуа. Спорные вопросы определения права и обязанности на имущество супругов. Пекин : Изд-во Народного суда, 2013 ; Он же. Имущественные отношения между супругами. Пекин : Изд-во Китайского университета политики и юриспруденции, 2016.

²² См., например: Ван Цзюнькай. Правовые режимы имущества супругов // Journal of Gansu Institute of Political Science and Law. 2013. № 5.

²³ См., например: Хэ Чжи. Договорное регулирование имущественных отношений в семье. Пекин : Изд-во Пекинского университета, 2016.

²⁴ См.: Хэ Чжи. Указ. соч. С. 117—118.

²⁵ Семейный кодекс РФ (ст. 4) предусматривает правила применения к семейным отношениям гражданского законодательства: к названным в ст. 2 СК РФ имущественным и личным неимущественным отношениям между членами семьи, не урегулированным семейным законодательством, применяется гражданское законодательство постольку, поскольку это не противоречит существу семейных отношений. В статье 5 СК РФ раскрыт принцип субсидиарности для нужд применения по аналогии семейного и гражданского законодательства к семейным отношениям: 1) семейное законодательство; 2) соглашение сторон (правовая природа не конкретизируется); 3) нормы гражданского права, прямо регулирующие указанные отношения; 4) нормы семейного и (или) гражданского права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона); 5) общие начала и принципы семейного или гражданского права (аналогия права), а также принципы гуманности, разумности и справедливости. В пункте 1 ст. 44 СК РФ содержится прямое указание на распространение гражданско-правовых оснований признания недействительными сделок на брачный договор (ст. 44 СК РФ).

В обеих странах высшие судебные инстанции пытаются методом толкования восполнить существующие пробелы²⁶, но развитие социально-экономических отношений опережает уровень юридической техники и ставит перед законодателем и правоприменителем все новые вопросы²⁷.

Пока же сделаем вывод, что договоры уже признаны научным сообществом как предпочтительная форма регулирования брачно-семейных отношений. «Регулирование имущественных отношений в семье посредством договоров и соглашений в случаях, допускаемых законом, более предпочтительно по сравнению с применением диспозитивных норм семейного права. Их участники могут поступать достаточно гибко в соответствии с конкретной ситуацией»²⁸.

Договорное регулирование имущественных отношений в семье определяется как разновидность индивидуально-правового регулирования, осуществляемого членами семьи на основании и в пределах, установленных законом, по определению модели возможного и должного поведения путем заключения договоров и соглашений в сфере семейных имущественных отношений²⁹.

Это соответствует замечанию В. Ф. Яковлева: «Метод семейного права по содержанию воздействия на отношения является дозволительным, а по форме предписаний — императивным. Сочетание этих двух начал и выражает его своеобразие»³⁰.

Специфика брачного договора выражается: — в строго определенном субъектном составе; — тесной зависимости от брака, вне которого он не может существовать; — своеобразии предмета договора.

Зависимость от брака выражается в субъектном составе, в предмете договора, в моменте его вступления в силу, в моменте его прекращения (ст. 25, 43 СК РФ).

Предмет договора тесно связан с категориями семейного права и не подчиняется гражданско-правовому принципу свободы договора.

И перед Россией, и перед Китаем стоят задачи адекватного оформления меняющихся социально-экономических отношений в семейном законодательстве, восполнения существующих пробелов, возможно — изменения предмета брачного договора.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Дернбург Г.* Пандекты. Обязательственное право. — М., 1900.
2. *Долинская В. В.* Брачный договор в системе договоров частного права. Глава 4 // Семейное право России: проблемы и перспективы развития : колл. монография / В. В. Долинская, Л. В. Ладочкина, В. Д. Рузанова [и др.]. — Саратов : Изд-во Саратовской государственной юридической академии, 2019.
3. *Загоровский А. И.* Курс семейного права. — М. : Зерцало, 2003.
4. *Максимович Л. Б.* Брачный договор в российском праве. — М. : Ось-89, 2003.
5. *Низамиева О. Н.* Договорное регулирование имущественных отношений в семье : учеб. пособие. — М., 2003.
6. *Пчелинцева Л. М.* Семейное право России : учебник для вузов. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма, 2004.
7. *Рычкова Н. Ю.* Понятие неимущественного обязательства. Глава 2 // Реформирование гражданского законодательства: общие положения о сделках, обязательствах и договорах : монография / отв. ред. В. В. Долинская. — М. : Проспект, 2018.
8. *Gernet J.* Le monde chinois. — Paris, 1972.
9. *Хэ Чжи.* Договорное регулирование имущественных отношений в семье. — Пекин : Изд-во Пекинского университета, 2016.
10. *Цай Фухуа.* Имущественные отношения между супругами. — Пекин : Изд-во Китайского университета политики и юриспруденции, 2016.

²⁶ См., например: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 05.11.1998 № 15 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1999. № 1 ; Разъяснение I Верховного народного суда от 25.12.2001 «О некоторых вопросах применения Закона КНР «О браке» (№ 30-2001) // URL: <http://chinalawinfo.ru/all> ; Разъяснение II Верховного народного суда от 25.12.2003 «О некоторых вопросах применения Закона КНР «О браке» (№ 19-2003) // Там же ; Разъяснение III Верховного народного суда от 09.08.2011 «О некоторых вопросах применения Закона КНР «О браке» (№ 18-2011) // Там же ; Дополнительные положения от 28.02.2017 Разъяснения II Верховного народного суда «О некоторых вопросах применения Закона КНР «О браке» (№ 06-2017) // Там же.

²⁷ См., например: *Долинская В. В.* Взаимодействие бизнеса и семьи. § 4 гл. 1 // Юридическая судьба бизнеса при расторжении брака и наследовании : монография / отв. ред. И. В. Ершова, А. Н. Левушкин. М. : Проспект, 2019.

²⁸ *Одинцов А. В.* Особенности договорного регулирования семейных имущественных отношений // Известия вузов. Правоведение. 1999. № 4.

²⁹ См.: *Кашанина Т. В.* Предпринимательство (правовые основы). М., 1994. С. 104.

³⁰ Советское семейное право / под ред. В. А. Рясенцева. М., 1982. С. 11.

Сравнительное исследование общих временных норм китайской и российской систем наследования по завещанию: институциональные аспекты¹

A comparative study on the common temporal norms of chinese and russian probate succession system: institutional aspects

Ян Цзянь,

доктор юридических наук,
доцент Российского юридического исследовательского центра
и юридической школы Университета Хэйлунцзяна, КНР
pangdongmei71@163.com

Лю Гуань-хэ,

ассистент преподавателя, Высшая школа Технологического института Яньчэн, научный сотрудник
Центра исследований русского языка и культуры Университета Хэйлунцзяна, КНР
pangdongmei71@163.com

Yang Jian,

Dr. Sci. (Law), Associate Professor,
Russian Law Research Center
and Law School of Heilongjiang University, China
pangdongmei71@163.com

Liu Guan-he,

Teaching assistant,
Graduate School of Yancheng Institute of Technology, Research Assistant
of Russian Language, China and Culture Research Center of Heilongjiang University
pangdongmei71@163.com

© Ян Цзянь, Лю Гуань-хэ, 2021

Abstract. Testamentary succession is one of the important contents of the inheritance legal system of China and Russia, which fully embodies the spirit of autonomy of private law. Due to the influence of different historical culture, traditional customs, economic and political systems and other factors in property inheritance, there exist some legislative differences between China and Russia on the provisions of testator inheritance from the system design concept to the content of the rules. With the detailed and specific provisions, the system of testamentary succession in the Russian Federation is deeply influenced by the German and Japanese legal systems, while the legislation of testamentary succession in China is relatively principled and brief, which is closely integrated with the reality of China. The analysis of the differences in the basic principles, forms and effectiveness as well as the system of bequest of the two civil codes in both countries in the system of testamentary succession not only contribute to the normative interpretation, application and perfection of the relevant systems of Civil Code in China, but also explores the institutional origin of testamentary succession legislation, so as to realize the balance of testamentary freedom, inheritance justice and social value; At the same time, it also plays a vital role in correctly handling the inheritance relationship between China and Russia, which is also of positive reference significance to the judicial practice of foreign-related inheritance between the two countries.

Keywords: Civil code; Testamentary succession; Sino-Russian succession system; Legislative comparison.

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.015-025

¹ Данная статья является результатом этапа исследования по предотвращению правовых рисков и контролю за экономическим и торговым сотрудничеством с Россией (DEY1903), специального проекта Хэйлунцзянского университета по России под руководством автора.

This paper is the phased result of the research on Legal Risk Prevention and Control of Economic and Trade Cooperation with Russia (DEY1903), a special project of Heilongjiang University on Russia under the leadership of the author.

1. Overview of the system of testamentary succession in China and Russia

The inheritance system in civil law is closely related to the enjoyment and protection of private property ownership of civil subjects, which is very important for the subject of private law. Also, testamentary succession and statutory succession are the core contents of inheritance legal system in modern civil law. Due to the differences in traditional folk customs, economic basis, cultural evolution, legal system and political system, China and Russia have their own advantages in terms of legislative value, legislative technology and legislative form. With the development of the times, the Civil Code of the Russian Federation has been constantly evolving, and the testamentary succession system has also reflected more and more implications of private law.

At the time of the promulgation and implementation of the Civil Code of China, understanding and interpreting the advantages and disadvantages of the testamentary succession system between China and Russia will be of great value in understanding the era significance and characteristics of the testamentary succession system in Chinese civil code, and also have positive practical significance in improving the inheritance legal system and civil legal system in China. Besides, it is conducive to fully expressing the people's reasonable expectations on the inheritance legal system and sorting out the correct concept of inheritance in the society. Meanwhile, it also conduces to be further standardize inheritance in the form of system behavior.² Owing to the similar political and economic systems and even cultural color between China and Russia, the two countries had a lot in common in the legal system. So some similarities in legal transformation and development that can be learned from each other. Based on the above considerations, the author tries to make a comparative analysis of the testamentary succession system between China and Russia on account of the relevant provisions of the existing civil codes of the two countries.

1.1. The evolution and development of Chinese testamentary succession system

Chinese culture has a long history, and with the development of Chinese culture, the inheritance system has been evolving up to now. As for the inheritance system, it mainly includes two parts: identity inheritance and property inheritance. In terms of the way of inheritance, legal inheritance is taken as the principal thing. After a long process of cross-development, designated succession and testamentary succession gradually emerge and tend to be improved. During the evolu-

tion of identity in succession system, the tradition of "father dying and son succeeding" had a far-reaching influence on future generations, and the system of succession by the eldest son has also been deeply rooted in the hearts of the people for a long time.

The system of property inheritance began with the affirmation of the right of family property inheritance in the law of Qin Dynasty. Starting from hereditary inheritance, it has constantly developed into the average allocation of heritage institution, the lineal primogeniture system and the system of subrogation. Among them, stepchildren, women and illegitimate children are given special treatment. This kind of institutional arrangement is to protect the family private property from outflow. The regulations on testamentary succession existed in the Han Dynasty, the contents include the subject of the will, the subject and witness of the tallograph testament and so on. If the relevant procedures are complete, it has legal effect.

It can be seen that the system and rules of testamentary succession have already existed for a long time in China, and ancient society also attached great importance to the formal requirements and legal effect of the testamentary system. Both inheritance system and testamentary succession system have been evolving in the course of historical development. Whether it refers to the patriarchal inheritance in feudal society or the situation that people inherit mainly by close relatives in modern society, we can find that the characteristics of the transition involve from identity to personality displacement in the evolution law when we deeply explore the historical development of inheritance system.³ It can be seen that the inheritance system in ancient China developed gradually with the changes of historical conditions, which is closely related to the specific historical conditions and social economic system.

Before the promulgation of the inheritance law, China's modern testamentary succession system was in its infancy for two reasons. First, the study on testamentary succession law is in a low state owing to the constraints of social, political and economic factors and other factors. Second, the modern inheritance legal system in China is not yet complete, the people's legal inheritance consciousness is weak, and the way of testamentary inheritance has not been recognized by the public. With the influence of the traditional thoughts of patriarchal clan system, it is difficult to completely change the way of inheritance under the patriarchal system such as the lineal primogeniture system, and the mode of testamentary succession is difficult to be recognized by the public in a short time.

Additionally, there are also difficulties in the legal research of testamentary succession and the improve-

² See: Wang Ge-Ya. Codification idea and system conception of the Civil Code Succession [J] // Seeking Truth. 2018 (6). P. 95.

³ See: Wang Ge-Ya. On the revision of inheritance Law [J] // China Legal Science. 2013 (6). P. 91.

ment of the rule system of testamentary succession.⁴ In the 1980s, the implementation of China's first inheritance law promoted the perfection of the theory and legislative system of China's testamentary succession system. However, experiencing social development and changes, it has not kept pace with the times, which has reflected the inadaptability with today's society. The Succession of Civil Code adheres to the legislative mode of mutual supplement between testamentary succession and bequest in the process of amending the system of testamentary succession. It contains 12 articles, including the principle of making a will, the form and effect of the will, and the execution of the will.

From the perspective of the whole content, the concept of respecting the autonomy of private law, respecting private rights and respecting the right of inheritance has been implemented, and the relevant provisions embody strong principles. To a certain extent, the legislative characteristics reflect the spirit of "general rather than detailed". At the same time, these rules also reflect the value connotation of humanistic care. As a result, it not only shows strong individualism, but also embodies humanism in the legislative concept, which is a legislative idea combining the both.⁵ It follows that the testamentary succession system is gradually recognized by modern law, which is gradually improved with the continuous improvement of people's understanding.

1.2. The main provisions of the testamentary succession system in the Russian Federation

Civil Code of the Russian Federation has gradually established the spirit and principle of private law in the legislative spirit. The testamentary succession system in Russian is uniformly stipulated in the civil code of the Russian Federation. In 2001, part III of the Civil Code of the Russian Federation was successfully promulgated. Among them, there are 24 provisions on testamentary succession system. The system of testamentary succession is listed before the system of statutory succession, reflecting the respect of private rights and the principle of autonomy of will.

First of all, the content of the testamentary succession system of the Russian Federation involves six aspects: the first is the principle provisions, including the general provisions and the principle of free will; the second is the designation of the testamentary successor and the second successor and the determination of their share in the estate; the third is the implementation of the principle of confidentiality; the fourth is the form and effect of the will; the fifth

is the repeal and alteration of the will; the sixth is the interpretation and execution of the will. What's more, the system of testamentary succession in the Russian Federation has two characteristics:

The first is to give full prominence to the expression of self-consciousness and moral care of the will establishment. That is, the will should be made by the decedent in person, which is not allowed to make a will through an agent. Participants in making wills should abide by the principle of confidentiality, and the freedom of will is limited by the rule on compulsory shares (art. 1149). For example, no matter what kind of will the testator has made, the minors, parents and spouses who have the legal right of inheritance can inherit the corresponding share of the estate according to the law.⁶

All these show the legislative pursuit of combining free expression with moral care. Secondly, the way and procedure of establishing a will are strictly restricted, and the consideration of formal requirements is emphasized. That is to say, it makes clear and specific provisions on the process and formal requirements of the will. In addition, the specific provisions on the period of execution of the will has been made in the Civil Code of the Russian Federation. Furthermore, in terms of bequest, it also stipulates the specific performance rules of bequest, and even the rules of precatory trust.⁷ Therefore, it can be seen that Russia's provisions on testamentary succession are more detailed and have strong operability.

2. The comparative analysis of the main principles and basic norms of testamentary succession system between China and Russia

Testamentary succession is a natural person's act of testamentary disposition of his personal property according to the relevant provisions of the inheritance law, which is the category of personal property system. The testamentary succession systems of China and Russia have their own characteristics. In contrast, the Civil Code of the Russian Federation has made more detailed provisions on Inheritance, paying more attention to the operability of judicial practice. In China, the rules of testamentary succession system are more refined and principled, and the legislative principles and ideas of general rather than detailed are adopted in legislation.

This paper compares the basic principles of testamentary succession, the form and effect of will and

⁴ Hu Ping. On marriage and Family Inheritance law[M]. Chongqing : Chongqing university press, 2000. P. 67.

⁵ See: Wang Ge-Ya. Revision of Succession Law: System construction and system selection[J] // Seeking Truth. 2013 (2). P. 77.

⁶ Maksutova-M.-L. The legal relationship of inheritance in Russia [J] // China Notary. 2016 (7). P. 24.

⁷ See: Wang Ge-Ya. Review and Reference: The Succession system of the Russian Federation [J] // Russian, Central Asian & East European Studies. 2010 (1). P. 29.

the system of bequest between the two countries. Furthermore, through the comparison of the differences and advantages and disadvantages of the two countries' testamentary succession system, the author seeks the legislative ideas and values of inheritance law that are worthy of reference in the field of law, seeking universal reference and support for the theoretical construction, system trend, content selection, value selection and provision expression of the basic principles of testamentary succession system in the process of civil code compilation.

2.1. The embodiment of the basic principles of testamentary succession

The difference in the principle of succession are revealed in the provisions of the two countries' testamentary succession system. In general, the principles of testamentary succession include the protection principle of private property inheritance right, the principle of will freedom and the principle of providing for the aged and raising children, and taking care of the sick and disabled.

In the process of formulation, we should adhere to the standard of combining the particularity of testamentary succession system with the needs of the public⁸. At the same time, we should deal with the distinction and coordination between the basic principles of inheritance law and the specific principles of testamentary succession⁹. There is a strong complementarity between the social arrangement and the dominant position of natural persons. Therefore, it is the value function of testamentary succession to recognize the central position of individual freedom and the extent and scope of influencing personal freedom, and pay attention to the power of social factors. In order to realize the harmony between substantive justice and formal justice, we should regard individual freedom of will as a social commitment.¹⁰

In order to realize the legislative design of testamentary succession, improve the legal regulation, and ensure the systematization, applicability and scientificity of the testamentary succession system, the basic principles of testamentary succession¹¹ should be implemented in the legislative design of the sys-

tem, so as to realize the organic unity of individual will freedom and social public interest. The first basic principles of testamentary succession is the principle of protecting the right to inherit private property.

The Civil Code Succession of China protects the personal property of testamentary succession, and adopts open induction and restriction in legislative expression. That is to say, the legal provisions on the personal legal property left by the death of a natural person are relatively general. Except for the property that can't be inherited and belongs to non-personal property in law, all other property falls under the category of testamentary succession.¹²

The Civil Code of the Russian Federation has made positive and negative enumerative provisions on the scope of personal heritage. It affirms that the scope of inheritance involves the property and other property of the deceased, specifically including the property rights and obligations of the parties. At the same time, the civil code of the Russian Federation states that Rights and obligations which are inseparable and bound together with the person of the decedent should not be included in the inheritance, including the right to receive alimony, the right to claim compensation for damages due to the damage to the citizen's right to life or health, and the related rights and obligations prohibited by the Russian code or other Russian laws.

Also, Personal rights and other non-material interests belong to¹³ the scope of heritages that cannot be inherited by successors. At the same time, according to the latest revision of the Civil Code of the Russian Federation, property after death can be disposed of by means of a will and a testamentary contract¹⁴. It also stipulates that the testator has the right to dispose of any property, including the property that one may acquire in the future¹⁵.

There are great differences between the two countries in the principle of protecting private property. The law in China only provides the legal property, but hardly elaborate property rights and obligations. It also fails to subdivide the specific types that cannot be inherited, which requires the corresponding supporting interpretation to be issued in the later

⁸ Chen Wei. A Comparative Study on Foreign Inheritance Laws and The Formulation of Chinese Civil Code Succession. Beijing : Peking University Press, 2011. P. 49.

⁹ See: Hong Guo-Yue. The construction of the principle system of inheritance law [J] // Journal of Guizhou Normal University (Natural Sciences). 2004 (5). P. 12.

¹⁰ Amartya Sen. Development as Freedom / Translator: Yu Zhen. Beijing : China Renmin University Press, 2002. P. 24.

¹¹ Wang Ge-Ya. Revision of Succession Law: System construction and system selection[J] // Russian, Seeking Truth. 2013 (2). P. 80.

¹² Article 1112 of the Civil Code of China: "Estate denotes the personal lawful property left by a natural person at the time of his death. The estate that is not allowed to be inherited according to the law or based on its nature shall not be inherited."

¹³ Refer to Article 1112 of the Civil Code of the Russian Federation.

¹⁴ Refer to Article 1118 Clause 1 of Civil Code of the Russian Federation.

¹⁵ Refer to Article 1112 of the Civil Code of the Russian Federation. A natural person has the right to create a will on any property.

stage of legislation. Therefore, the civil code of the Russian Federation is even stronger in the protection of private property.

The second basic principles of testamentary succession is the principle of free will. Compared with the former Civil Code of the Soviet Union, the Civil Code of the Russian Federation not only puts forward the principle of free will, but also adds, supplements and refines a lot of rules¹⁶ in the part of testamentary succession. Therefore, it can fully guarantee the parties to realize the will of will in law, which is the most direct embodiment of the autonomy of private law. China's Civil Code Succession provides that a natural person has the freedom to make a will to dispose of his personal property and appoint an executor according to his will. A natural person can dispose of his property in the form of a will, designating that his property may be inherited by one or more of the legal successors, or be donated to the state, the collective or to a person other than the legal successor. At the same time, article 1143 of the bill stipulates that a will must express the true meaning of the testator.¹⁷

It reflects the right of the decedent to deal with his own inheritance and distribution according to his real will. The Civil Code of the Russian Federation stipulates that citizens have the right to dispose of their property by will. There is no restriction on the objects of inheritance in the law. A citizen has the right to determine the share of the inheritor in the estate in any way for anyone. Besides, a citizen has the right to deprive one, several or all of the legal heirs of the right of inheritance without giving the reasons for the deprivation.

Also, he has the right to annul or alter a will already made in the will, including other dispositions provided for in the rules of this code concerning wills. In its provisions, affirmative or restrictive terms are used many times, which embodies the full protection of citizens' will freedom. In the provisions of the freedom of will, the restriction of collecting the required portion is emphasized¹⁸, which reflects the balance between individual freedom and social interests. In China, in order to fully realize the personal freedom of the heirs, the Supreme People's Court issued relevant case guidance. It states that the successor may express his waiver of succession to other successors in writing. If the oral form of giving up inheritance

is acknowledged by the successor or proved by other sufficient evidence, it can also be regarded as valid (that is, inheritance rights can be abandoned).¹⁹

The third basic principles of testamentary succession is the principle of providing for the aged, raising children and taking care of the sick and disabled. Article 1141 of China's Civil Code stipulates that the necessary share of the estate for the heirs who lack the ability to work and have no source of income should be reserved in the will. However, the Civil Code of the Russian Federation places the provisions of the testamentary portion in the restrictions on the freedom of will (article 1119).

The concept and appeal of inheritance not only involves the interest relationship among the members of marriage and family, but also involves the stability and harmony of society. A good inheritance system not only highlights the principles of autonomy of private law and freedom of will, but also pays attention to the stability and harmony of family, family and society, which embodies the social morality of ethical concern, and is also conducive to the reasonable restriction of individual will freedom.

2.2. The form and effect of will

The form of will embodies the formal justice of testamentary succession. Its essential purpose is to realize the real will of the decedent and to distribute the natural person's heritage according to the real will of the deceased. First of all, the Civil Code of China stipulates the forms of testamentary succession in the system of testamentary succession, including holographed testament, allograph testament, printed will, audio-visual will, oral will in case of emergency and just will. However, its provisions on the formal operation and effectiveness of the will are too simple, which is not conducive to the testator's establishment, alteration and revocation.

Moreover, it lacks the regulation on the form of sealed will, especially the provision that notarial will has the highest effect, which is not capable of guaranteeing the free of the decedent's will.²⁰ The forms of wills stipulated in the Civil Code of the Russian Federation include notarial will (the notarization system in Russia is relatively developed and requires higher requirements. For example, when notarizing a will, the notary needs to explain to the testator the provisions on the reserved portion and make a record

¹⁶ Wang Shu-Qian. Comparative Study on several issues of Inheritance Law between China and Russia [D]. Wuhan University, 2004. P. 7.

¹⁷ Refer to Article 1133 and 1143 of the Civil Code of China.

¹⁸ Refer to Article 1119 of the Civil Code of the Russian Federation: "Testamentary freedom is limited by the rule on contingent shares [rule 1149]."

¹⁹ According to the Opinions of the Supreme People's Court on some issues concerning the implementation of the Succession Law of the People's Republic of China, "Successors who renounce succession shall express in writing to other successors. A waiver of succession expressed orally, which the person himself acknowledges, or which has other sufficient evidence, shall also be deemed valid."

²⁰ Yang Li-Xin. Study on the Succession of The Provisions of Civil Law [J] // China Legal Science. 2017 (2). P. 74.

of it²¹), secret will, will equivalent to notarial will, will under extraordinary circumstances and testamentary disposition of bank funds.

At the same time, in June 2019, the amendment of the Civil Code of the Russian Federation added two forms of will contract and joint will of husband and wife. Comparing the forms of wills in the two countries, there exist the following characteristics: Firstly, the trend of development of The Times was paid more attention to when formulating the succession edition of the Civil Code. The recording and videotaping will, a new form of will making, is established in the law. Secondly, in terms of legislative language, the provisions of the Russian Federation's testamentary succession system are more detailed and specific, which are easier to implement in practice and more stringent in form requirements.

Thirdly, China has been stipulated the form of allograph will. The Russian Federation stipulates that wills should be made by the decedent in person, and it is forbidden to make wills through agents. Fourthly, in regard to the form of making a will, the will system of the Civil Code of the Russian Federation states multiple forms of endorsement²².

However, Civil Code Success in China ignores this rules in order to simplify the tedious procedures and requirements when people make wills. Compared with the Civil Code of the Russian Federation, the requirements for the form of the will are slightly lower, making the form and requirements of the will more flexible, convenient and more practical and operable. Nevertheless, it is a pity that there are no two forms of testamentary contract and husband and wife's common will. Fifthly, in terms of the establishment of notarial will, the Civil Code of the Russian Federation also sets up other will forms equivalent to that of a notarized will. There are several types under special circumstances²³:

First, the will of citizens living in a medical institution must be certified by the chief doctor, deputy chief doctor or doctor on duty of the Department of the medical institution, as well as the president of the military hospital, the president of the nursing home and the disabled welfare home or the chief doctor according to the type of the medical institution.

Second, the will made by the decedent on board a ship flying the flag of the Russian Federation must be certified by the captain of the ship where he is.

Third, the wills made by the decedent in the course of investigation, arctic expedition or other similar investigations must be certified by the head of the investigation team.

Fourth, in the absence of a notary present in the army station, the wills of the civilian members of the army and their dependants, as well as those of the military families, must be certified by the commander of the army.

Fifthly, the wills made by a person serving a sentence in a place deprived of liberty must be certified by the head of the place where he is. In addition, it affirms the validity of the wills disposition of the bank's capital rights and endows it with the effect of notarization will. The form and procedure of the above wills are specified in this article, which reflects the special protection of citizens' testamentary inheritance rights under special circumstances. At the same time, it is not only the embodiment of the principle of private property protection, but also reflection of the provisions of the validity of the will. In article 1143 of China's Civil Code, there are four situations in which wills are invalid²⁴.

The first is to limit the capacity of making a will, that is, the will made by the person without or with limited capacity for civil conduct is invalid. The second is to guarantee the true will of the will, that is to say, the will made by the testator under the circumstances of fraud and coercion is invalid. The third is to stipulate the authenticity of the will, that is, the forged will shall be void. The fourth is to confirm the validity of defective wills, that is, the tampered content is invalid when the will is tampered with.

At the same time, it affirms the effect of the special circumstances of defective wills, that is, a will made before the implementation of the law of succession, which is slightly deficient in form, if the content is legal and reasonable, and it can be fully proved that it is the true intention of the testator, the will can be regarded as valid²⁵. Russian Federation adopts the principle of combining systematic enumeration with decentralized provisions to determine the validity of wills, the main contents are as follows: the first is to make general provisions on the making of wills, that is to say, the subject of making a will must be a person with full capacity for civil conduct and the will must be made by himself²⁶.

Second, the will made in violation of the written form of the will and the rules of proof should be inva-

²¹ Wang Shu-Qian. Comparison of several issues of Chinese and Russian inheritance laws [J] // Times of law. 2004 (2). P. 73.

²² Refer to Article 1125 of the Civil Code of the Russian Federation.

²³ Refer to Article 1127 of the Civil Code of the Russian Federation.

²⁴ Refer to Article 1143 of the Civil Code of China.

²⁵ Refer to the Opinions of the Supreme People's Court on several issues concerning the implementation of the Succession Law of the People's Republic of China, which stipulate that: "A will made before the implementation of the Succession Law and with a slight deficiency in form, if its content is lawful and there is sufficient evidence to clearly indicate the true intention of the testator, the will may be deemed valid."

²⁶ Refer to Article 1118 of the Civil Code of the Russian Federation.

lid²⁷. Third, a will shall be void if it is written, signed, certified or delivered to a notary in the presence of any witness or in any of the five cases from which the witness is excluded. Fourth, the making of a secret will should be written and signed by the testator himself. The will made in violation of the relevant rules is invalid²⁸. The fifth is to make provisions for the will under extraordinary circumstances. If the will is not renewed within the statutory time limit after the elimination of the extraordinary circumstances, the will made under the extraordinary circumstances will automatically lose its validity²⁹.

Except for the above circumstances, article 1131 of the Civil Code of the Russian Federation adopts systematic enumeration to stipulate the invalidation of wills³⁰, and states that there should be two types of invalidity of wills from the beginning and revocable wills.

Invalid wills mainly include: firstly, a will can be deemed invalid by the court according to the request of the person whose rights and interests have been infringed by the will, which embodies the principle of unifying the rights and obligations of testamentary succession. The second is the determination of the formal defective will. The will shall be deemed to be valid only if the court determines that it does not affect testamentary succession. Otherwise, it is invalid. Thirdly, the invalid part of the defective will can be identified separately, which does not affect the validity of other parts. Fourthly, when the will is invalid, the successor or the donee designated in the will shall not be deprived of the right to inherit according to law or other valid will. The validity of a will shall not be challenged by appeal before the death of the decedent. Except for the joint will of husband and wife, any one of the husband and wife may challenge it at any time, regardless of the death of the other. Besides, after the death of the other party, the husband or wife can withdraw from the joint will unilaterally. In terms of the form and effect of wills, China's Civil Code adopts the distribution mode of 6+1+1.

In other words, the articles 1134—1139 respectively stipulate the form of wills, which are simple and clear, and do not make specific details. This requires that exclusive provisions should be adopted frequently in the process of testamentary succession and execution. That is, it is invalid if it fails to comply with formal requirements of the will, which leaves room for the subsequent introduction of relevant judicial interpretations to solve new problems in practice.

At the same time, the article 1140 of the law provides for the exclusion of witnesses to wills. As a protective norm for witnesses involved in the form of wills, it complements the invalidity of wills listed in article 1143. That is to say, the form of a will that violates the rules of witness of will should also be regarded as invalid or uncertain will. The Civil Code of the Russian Federation makes explicit provisions on the principles and procedures for formulating rules for each form of will, combining many possible situations in judicial experience.

Although the legislative system is poor, it has strong applicability. In addition, it is worth affirming that the article 1133 (4) of the Civil Code of China stipulates the testamentary trust, which is in line with the general trend of social and economic development. With a certain forward-looking, it meets the needs of some high wage earners to make wills.

2.3. The stipulation and comparison of bequest system

The system of bequest is an important part of testamentary succession. Under the guidance of the principle of freedom of will, both China and Russia regard the bequest system as an important way of testamentary succession. The legal effect of the will act is affirmed and perfected in law. In contrast, the relevant provisions in the succeeding part of China's Civil Code are relatively simple. It involves only three provisions that are placed under the relevant provisions of testamentary succession.

The inheritance system of the Civil Code of the Russian Federation has special legislation on the inheritance of wills, which is still more detailed and specific. As for the bequest system, the Civil Code Succession of China stipulates that: Firstly, a natural person can make a will to give personal property to a person other than the legal heir, the collective or the state³¹. But there is no expression of natural person other than the legal successor, leaving room for special subjects to enjoy bequests, such as fetuses.

At the same time, they are arranged in the order of bequests to "the state, the collective, and the people", rather than the order of "people, collective, state". It can be seen that the nature of socialist country with Chinese characteristics is more prominent in the process of compiling the civil code of China. Secondly, as for the exclusion of the witness, the inheritor and the done cannot be the witness³². Thirdly, if there are obligations attached to testamentary succession or bequest, the successor or bequest should perform the obligations³³.

²⁷ Refer to Article 1124 of the Civil Code of the Russian Federation.

²⁸ Refer to Article 1126 of the Civil Code of the Russian Federation.

²⁹ Refer to Article 1129 of the Civil Code of the Russian Federation.

³⁰ Refer to Article 1131 of the Civil Code of the Russian Federation.

³¹ Refer to Article 1133 Clause 3 of Civil Code of China.

³² Refer to Article 1140 Clause 3 of Civil Code of China.

³³ Refer to Article 1144 of Civil Code of China.

The comprehensive provisions of the second and third are to treat the legatee and heir as the same subject, but the two are taken separately under different circumstances, and there is no special place. At the same time, it embodies the principle of unifying rights and obligations. The main reason for this legislative model is to simplify the code language. The Civil Code of the Russian Federation makes two separate provisions on the bequest system³⁴, which includes: firstly, the scope of bequest is generally defined. It stipulates that wills include bequests, and lists the standards for bequests.

At the same time, it affirms the relationship between creditor's rights and debts and the situation of transferring bequest. The second is to stipulate the execution methods and procedures of bequests. When the donee is required to perform the obligation of bequest, he should perform the obligation of bequest. The limitation includes: deducting from the estate transferred to him the debt due to the testator, and the value of the portion of the estate that exceeds the share to be inherited. At the same time, the amount of the heirs is limited and the rights to bequests are limited. The regulations on bequest system in the Civil Code of the Russian Federation highlight the particularity of bequest, affirming that it belongs to testamentary succession with its own particularity.

3. The legislative enlightenment of the testamentary succession system of China's civil code under the background of Russian legislative investigation

China is facing the historical period and opportunity of the interpretation and application of Civil Code. This paper compares the similarities and differences of Chinese and Russian testamentary succession systems and their relevant legislation, which will help to explore the differences and commonness of its theoretical interpretation, institutional provisions, legislative ideas and technology. At present, the reform and improvement of China's testamentary inheritance system is the unity of technical rationality and value rationality, the interweaving of formal justice and substantive justice, and the integration of legislative technology and legislative ideas.³⁵

In order to improve the legislative and judicial standards of the Succession of Civil Code, and to meet the social needs and public demands, this paper compares the relevant legislation of testamentary succe-

sion between China and Russia, so as to analyze the legislative advantages and legislative experience. It will have positive reference significance and jurisprudential value for the amendment principle of testamentary succession system and Chinese elements, the form of will, the effectiveness of rules, and the perfection and perfection of bequest system.

3.1 . The revision principle of testamentary succession system should be strengthened

The Civil Code Succession of China fails to express a specific level in the principle of testamentary succession system. But from the perspective of theory and legislative technology, the principles of Civil Code, Civil Code Succession and testamentary succession system can be embodied in different levels. That is, the basic principle and particularity of testamentary succession system should be embodied and highlighted under the basic principles of Civil Code Succession.

In view of the status of testamentary succession system in the system of succession, it should combine the universality principle of inheritance law with its own particularity principle. Therefore, combined with the basic principles of the Russian Federation testamentary succession system, the author summarizes the following principles.

The first principle is the principle of free will, which is the greatest embodiment of the will autonomy of the deceased and the successor as well as the extension of the principle of autonomy of will in succession system. In the provisions of the whole will system, the establishment and change of the will, the abandonment of the right of inheritance, the formulation and selection of the form of the will all embody the principle.³⁶

Although inheritance rules are designed to provide legal certainty, they cannot be realized in all cases. Unless the testator actively exercises autonomy of will as a party³⁷, but autonomy of will is often limited. At the same time, the essence of the principle of protecting private property is the expression of an individual's will to dispose of his own property. The realization of will freedom can reflect the protection of private property.

Therefore, It stands to reason that the principle of testamentary freedom becomes the primary principle of testamentary succession system. The second principle is the principle of consistency of inheritance rights and obligations. In the process of testamentary succession, if one does not adhere to the will or

³⁴ Refer to Article 1137 and 1138 of the Civil Code of the Russian Federation.

³⁵ Wang Ge-Ya. Compilation of Civil Code: Gender consciousness and Normative Expression [J] // Journal of China Women's University. 2019 (2). P. 10.

³⁶ Chen Wei. A Comparative Study on Foreign Inheritance Laws and The Formulation of Chinese Civil Code Succession. Beijing : Peking University Press, 2011. P.74—75.

³⁷ Magdalena Pfeiffer. Legal certainty and predictability in international succession law // Journal of Private International Law. 2016. Is. 3. P. 18.

bequest with obligations, he can freely give up his obligations and enjoy rights. This principle is often involved in the process of testamentary succession.³⁸

The principle of consistency of rights and obligations also embodies the legality of testamentary inheritance, which can be used as a powerful weapon to deprive heirs of their inheritance qualification when they try to obtain the inheritance by illegal means. The third principle is the principle of moral care. In the restrictive provisions of the freedom of will, the testamentary succession systems of China and Russia pay attention to the vulnerable groups.

According to the Succession of the Civil Code in China, the necessary share of inheritance should be reserved for such a specific successor who lacks the ability to work and has no source of income³⁹, which is worth affirming. Similarly, the Russian Federation also has relevant provisions on the system of special portion in testamentary succession⁴⁰ to achieve the balance between the freedom of will and social equity.

If the testamentary succession lacks moral care, it will easily lead to unfair distribution and lose the universal value of legal fairness and justice. In practice, a typical case is the "Inheritance case about mistress in Luzhou"⁴¹, which has attracted much attention and controversy and caused people to reflect deeply. As to whether the will will be invalid due to the violation of public order and good customs and whether the donee can enjoy the right to accept the legacy, we need to design a good system to find a balance.

Therefore, China should perfect this principle in the system of testamentary succession and make systematic planning to ensure that the legal heirs will not fall into a difficult situation because of the testator's abuse of the principle of freedom of will, making the maintenance obligation of family members continue naturally after the death of the deceased, which is in line with the traditional family ethics concept in China⁴² realize the harmony of family members and achieve good social effect.

3.2. The form of will and the related system should be improved

As the core content of the will system, the regulation of the form of will is an important guarantee for the realization of testamentary succession. Based on the reference significance of the Civil Code of the Russian Federation in the provisions of the testamentary succession system, as well as the inadequacy and

improvement of the will form in China's existing legislation, the author puts forward the following suggestions.

First of all, the establishment of secret will and the secret of will need to be strengthened. In China, the protection of testamentary privacy is not reflected in the setting of wills. Combined with the legislative experience of the Russian Federation, it not only establishes the secret will, but also protects the secret of the will. Secret will has always been respected by many countries. Also, China has a historical tradition of making secret identity wills. In order to fully realize the will freedom of the testator and protect him from losing the care of his legal successor due to the making of the will, the testator should be given the right to make a secret will. With regard to the protection of the secret of the will in the process of making a will, some people hold that testamentary privacy which belongs to the category of personality right should be one of the privacy rights, so there should be no repetition in the succession system.

However, considering that the establishment of the will itself is to protect the realization of the personal will of the deceased, the privacy embodied in its content is actually the testator's free will. The disclosure of the content of the will is very likely to hinder the freedom of the will, the personnel involved in the will formulation should have the duty of confidentiality to fully guarantee the smooth formulation and implementation of the will. Hence, we should emphasize the protection of the secret of the will in the form and implementation of the will.

Secondly, the specific rules of bequest system should be improved. Legacy system is not only an important part of inheritance law, but also an indispensable system in real life. Owing to its particularity, we should pay more attention to it. However, there are not too many provisions on it in the Succession Civil Code in China, which is not compatible with the relevant system of testamentary succession and cannot fully guarantee the parties to realize their own interests through the will,⁴³ so the particularity of this system is not fully reflected in the Civil Code of China. Generally speaking, there are several problems in the relevant rules of bequest system in China.

Firstly, the types of bequests are not classified; Secondly, there is no guarantee for the execution of bequest; Thirdly, it only stipulates the right rules of the legatee, but lacking the rules of accepting and abandoning the legatee; Fourthly, the rule of legal

³⁸ Yang Li-Xin. The family law. Beijing : Law Press-China, 2013. 374 ; Fang Shao-Kun (editor-in-chief). The Law of kinship and succession (second edition). Beijing : Science Press, 2015. P.155—158.

³⁹ Refer to Article 1141 of Civil Code of China.

⁴⁰ Refer to Article 1119 and 1149 of the Civil Code of the Russian Federation.

⁴¹ Refer to civil Judgment of 2001-Lu-Min-Zhong-Zi-621 of Luzhou Intermediate People's Court of Sichuan Province.

⁴² See: Xu Zeng-Zhen, Zhao Ya-Kun. On the restriction of testamentary Freedom and the Perfection of Inheritance law in China // Forward Position. 2010 (10). P. 126.

⁴³ Yang Li-Xin. Key points of amendment to the draft succession of civil Code // China Law Review Volume. 2019 (1). P. 127.

effect of bequest with obligation needs to be strengthened.⁴⁴

Summing up the above, the corresponding provisions should be made on the types of bequests, including specific bequests and general bequests. Meanwhile, these two types of bequests should be detailed. For the execution of the legacy, rules and procedures can be made to ensure the smooth execution of the legacy. The time limit for acceptance and abandonment of legacy can be stipulated. That is, exceeding the prescribed time limit can be regarded as the abandonment of the legacy. At the same time, we can set up the right of inheritance and reply to remedy the infringement damage of bequest. Therefore, the detailed rule design can promote more operability in dealing with relevant affairs in judicial practice.

4. Conclusion

The perfection and perfection of a country's inheritance legal system involves the perfection of its civil legal system. Furthermore, it is more related to the ultimate care of the disposition of private property (at the heritage level),⁴⁵ which is even an excellent embodiment of the protection of private rights in terms of system value. This is especially true of the system of testamentary succession. Good rules of testamentary succession can reflect the implementation of the concept of freedom of inheritance, and the private law care for different interest subjects in the inheritance desire.

Comparison is the key to discrimination. Through the elaboration and comparative analysis of the system of testamentary succession in the civil code of the Russian Federation, it is helpful to the implementation and improvement of the testator succession system in the Civil Code of China. It contains the legislative principles of individual will freedom, moral care, harmonious unity of rights and obligations, guaranteeing the priority of the validity of the will, the various choices of the form of the will, and the moral care for the aged and the young, so as to realize the balance and coordination of interests.

This paper makes a comparison between Chinese and Russian testamentary succession systems, and puts forward some suggestions on the implementation and improvement of the China's Civil Code Succession. It is hoped that the two countries can realize the complementary advantages of testamentary succession system and better realize the formal justice and substantive justice of testamentary succession.

Today, property rights are so important that inheritance law should play a more important role. The testamentary succession fully embodies the spirit of autonomy of private law. Therefore, the value of the system and the design of rules should be paid more attention by legislators. With developing our strengths and avoiding our weaknesses, a complete and scientific rule of testamentary succession should be formed by comparative analysis, which is of great significance to the Civil Code that enriches the characteristics of China's socialist rule of law.

REFERENCE

1. *Amartya Sen*. Development as Freedom / translator: Yu Zhen. — Beijing : China Renmin University Press, 2002. — 24.
2. *Chen Wei, Song Yu*. A Comparative Study of succession law between Mainland China and Hong Kong, Macao and Taiwan. — Beijing : Population Press, 2007.
3. *Chen Wei*. A Comparative Study on Foreign Inheritance Laws and The Formulation of Chinese Civil Code Succession. — Beijing : Peking University Press, 2011.
4. *Fang Shao-Kun* (editor-in-chief). The Law of kinship and succession (second edition). — Beijing : Science Press, 2015.
5. *Hong Guo-Yue*. The construction of the principle system of inheritance law // Journal of Guizhou Normal University (Natural Sciences). — 2004 (5).
6. *Hu Ping*. On marriage and Family Inheritance law. — Chongqing : Chongqing university press, 2000.
7. *Magdalena Pfeiffer*. Legal certainty and predictability in international succession law // Journal of Private International Law. — 2016. — Is. 3.
8. *Maksutova M.-L.* The legal relationship of inheritance in Russia // China Notary. — 2016 (7).
9. *Wang Ge-Ya*. Codification idea and system conception of the Civil Code Succession // Seeking Truth. — 2018 (6).
10. *Wang Ge-Ya*. Compilation of Civil Code: Gender consciousness and Normative Expression // Journal of China Women's University. — 2019 (2).

⁴⁴ *Chen Wei, Song Yu*. A Comparative Study of succession law between Mainland China and Hong Kong, Macao and Taiwan. Beijing : Population Press, 2007. P. 402—406.

⁴⁵ *Wang Shu-Qian*. Comparative Study on several issues of Inheritance Law between China and Russia [D] // Wuhan University, 2004. P. 5.

11. *Wang Ge-Ya*. On the Revision of Inheritance Law // China Legal Science. — 2013 [6].
12. *Wang Ge-Ya*. Revision of Succession Law : System construction and system selection // Seeking Truth. — 2013 [2].
13. *Wang Ge-Ya*. Review and Reference: The Succession system of the Russian Federation // Russian, Central Asian & East European Studies. — 2010 [1].
14. *Wang Shu-Qian*. Comparative Study on several issues of Inheritance Law between China and Russia [D] // Wuhan University. — 2004 [5] ; 2004 [7].
15. *Wang Shu-Qian*. Comparison of several issues of Chinese and Russian inheritance laws // Times of law. — 2004 [2].
16. *Xu Zeng-Zhen, Zhao Ya-Kun*. On the restriction of testamentary Freedom and the Perfection of Inheritance law in China // Forward Position. — 2010 [10].
17. *Yang Li-Xin*. The Family law. — Beijing : Law Press-China, 2013.
18. *Yang Li-Xin*. Key points of amendment to the draft succession of civil Code // China Law Abstract. — 2019 [1].
19. *Yang Li-Xin*. Study on the Succession of The Provisions of Civil Law] // China Legal Science. — 2017 [2].

Наследование по соглашению о наследовании (наследственному договору) в Китае и России: сравнительно-правовое исследование The orientation and characteristics of the inheritance agreement in China and Russia: comparative legal research¹

Ли Фан,

доцент юридического факультета
Хэйлунцзянского университета,
научный сотрудник Центра исследований
русского языка, литературы и культуры
Хэйлунцзянского университета, China
1339166091@qq.com

Li Fan,

Associate professor of Law School
of Heilongjiang University,
Researcher of Russian Language,
Literature and Culture Research Center
of Heilongjiang University, China
1339166091@qq.com

© Ли Фан, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.026-034

Abstract. Recently, great changes have taken place in the inheritance agreement system in China and Russia. Article 1140.1 of CCRF has recognized inheritance agreement in 2019 instead of prohibiting it previously. In China, bequest support agreement is stipulated in legislation, and inheritance attendance agreement is recognized in judicature. Article 464 of the Contract Book of CCPRC of 2020 opens up the legal application of inheritance agreement.

China's inheritance system has its unique characteristics, for example, there is no difference between estate and legacy, the distinction between testamentary succession and bequest is based on whether the subject has the status of legal successor rather than the disposition of estate or legacy, there is no difference between *successio in universum* and *successio in singulas res*, the heritage debt is the legal burden of positive heritage, heritage debt shall not be disposed of in a will, the bequest shall not be exempted from the heritage debt, there are only legal successors but no heir other than legal successors and testamentary successors are only legal successors who inherit by will, there is no forced share but an absolute necessary share for any successor who has neither the ability to work nor the source of income, and neither inheritance agreement nor gift contract is formal. All of those determine that its inheritance agreement must have many characteristics different from those of Europe.

For example, there is a strict distinction between the bequest support agreement with non legal successor as supporter and the inheritance attendance agreement with legal successor as supporter; there is no inheritance renunciation agreement with valuable consideration positively, but the one with negative consideration that a renunciation of the inheritance right is in exchange for exemption of the specific performance of attendance; it is sufficient that the *donatio mortis causa* has the effect of gift contract, and it is not necessary to act as the inheritance agreement.

China's orientation of the inheritance agreement is mainly with consideration and centered on support for the old, while Russia's orientation is mainly without consideration and centered on the disposition of inheritance right in the designated inheritance agreement. In particular, China and Russia have launched a challenge to the doctrine that the effect of inheritance agreement is prior to that of will.

Keywords: inheritance, division, heirs, agreement, preemptive rights.

¹ This paper is the phased achievement of the general project of the Plan of Philosophy and Social Sciences in Heilongjiang Province (No. 19FXB038), the key project of the 13th Five — Year Plan of Educational Science in Heilongjiang Province (No. GJB1320259) and Heilongjiang University's Special Project Related Russia (No. DEY1804).

Introduction

Recently, great changes have taken place in the inheritance agreement system in China and Russia.

Russia's legislation of inheritance agreement is full of twists and turns. In the Draft No. 275719-6 of 2013, the legislators follow the Ukraine Civil Code (UCC) to design inheritance agreement system, and they only recognize the inheritance agreement with consideration, so the rules of sale can be applied by reference. But the draft was withdrawn in 2015. In the Draft No. 821069-6 of 2015 incorporated into the Civil Code of the Russian Federation (CCRF)² after being modified in 2019, the legislators have changed its course, and they have mainly designed the inheritance agreement without consideration whose priority effect to that of will is weakened heavily. However, inheritance agreements were not recognized in the previous CCRF and the Soviet Union Civil Code at all.

The system of bequest support agreement has been set up according to Article 31 of the Succession Law of the People's Republic of China of 1985 and article 1158 of the Civil Code of the People's Republic of China (CCPRC)³ of 2020,⁴ and the inheritance attendance agreement whose subject of obligation is legal successors come into being in judicial practice. If in the European legislation of inheritance agreement, they would belong to the inheritance support agreement to indicate inheritance or bequest in exchange for support.

Article 464 of the Contract Book of CCPRC stipulates: "1. A contract is an agreement on the establishment, modification, or termination of a civil juristic relationship between persons of the civil law. 2. agreement on establishing a marriage, adoption, guardianship, or the like personal relationships shall be governed by the provisions of laws providing for such personal relationships; in the absence of such provisions, the provisions of this Book may be applied *mutatis mutandis* according to the nature of such agreements."

Compared with the distinction mode of contract (obligation contract) and agreement (identity relationship agreement) in Article 2 of the Contract Law of the People's Republic of China (CLPRC) of 1999, due to the addition of "in the absence of such provisions, the provisions of this Book may be applied

mutatis mutandis according to the nature of such agreements", the contract legislation has become the difference mode of contract (obligation contract) and agreement (identity relationship agreement).

"Contract" has the same denotation as "agreement", which refers to the consensual act in civil juristic act. However, due to the division mode of CLPRC, "contract" and "agreement" are also used in a narrow sense, which respectively refer to "obligation contract" and "identity relationship agreement". Here, we use "contract (obligation contract)" and "agreement (identity relationship agreement)" respectively to indicate that the extension of the above "contract" and "agreement" is the same, while the narrow sense refers to "obligation contract" and "identity relationship agreement" respectively.

According to Article 2 of CLPRC, the provisions of CLPRC can only be applied to obligation contract, but not to the identity relationship agreement. The difference is that according to Article 464 of CCPRC, the provisions of the identity relationship firstly are applied to the identity relationship agreement, and if there are no provisions, the provisions of the Contract Book can be applied according to its nature.

In addition, according to Section 1 of Article 467 of the Contract Book, "For a contract not explicitly provided in this Code or other laws, the General Provisions of this Book shall be applied, and the provisions provided in this Book and other laws on a contract which is most similar to the said contract may be applied *mutatis mutandis*."

In the absence of the provisions of identity relationship, the general principles of contract (including the relevant rules of civil legal acts in the General Book) can be applied, and the provisions of the most similar identity relationship agreement and the provisions of the most similar contract can be referred to too. Inheritance support agreement belongs to the type of identity relationship agreement, which is mainly property relationship.

According to its nature, the Contract Book can be widely applied by reference. In the judicial practice of China, there are also inheritance agreements without consideration, but very few.

Apart from China and Russia, the main legislations of inheritance agreement in civil code include Austria, Germany, Switzerland, Hungary, Ukraine, Czech, Latvia and Estonia.⁵ These are the reference

² Civil Code of the Russian Federation, URL: <https://fips.ru/en/documents/documents.php>.

³ Civil Code of the People's Republic of China [05-28-2020] // URL: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202012/f627aa3a4651475db936899d69419d1e/files/47c16489e186437eab3244495cb47d66.pdf>.

⁴ Article 1158 of CCPRC: A natural person may enter into an agreement on testamentary gift for inter vivos support with an organization or individual other than a successor. Such organization or individual assumes, in accordance with the agreement, a duty to support the said person during his lifetime, and attends to his interment after death, in return for the right to receive the testamentary gift under the agreement.

⁵ Among them, Estonia has the General Part of the Civil Code Act, Law of Obligations Act, Law of Property Act, Law of Succession Act, Family Law Act, but it has not synthesized a unified civil code, which is regarded by us as the legislative example of inheritance agreement in civil code. The English versions of some of them are as follows: Hungary Civil

for us to observe the inheritance agreement system in both China and Russia.

1. The uniqueness of China's inheritance system

In both Article 8 of the Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons⁶ and Article 3 of the EU Succession Regulations,⁷ inheritance agreement is defined as an agreement to dispose of future rights in estate or rights in estates. It is cleverly positioned on the freedom of heritage disposition beyond the freedom of will. Estates are also called legacy. Estate and legacy are the distinction according to the way of disposal of the heritage by the heritage-leaver. Estate includes both the positive heritage and the negative heritage, and can only be divided into shares, while legacy only includes positive heritage and can only point to specific heritage. It does not change the integrity of estate when the legacy bequeathed.

Heirs, whether legal or not, include legal heirs, testamentary heirs and agreement heirs (when inheritance agreement recognized). Accordingly, the heritage-leaver is the decedent. The party bequeathed is the legatee and not the heir whether he is the legal heir or not. Accordingly, the heritage-leaver is the legator. The deceased persons same as heritage-leaver in the Convention is the superior concept of the decedent and the legator. Successio in universum and successio in singulas res of Roman Laws are the sources of testamentary succession and bequest respectively.

China's inheritance system is very different from the above. Its unique features mainly include: there is no difference between estate and legacy, the distinction between testamentary succession and bequest is based on whether the subject has the status of legal successor rather than the disposition of estate or legacy, there is no difference between successio in universum and successio in singulas res, the heritage debt is the legal burden of positive heritage, heritage debt shall not be disposed of in a will, the bequest shall not be exempted from the heritage debt, there are only legal successors but no heir other than legal successors and testamentary successors are only legal successors who inherit by will, there is no forced share, and the inheritance agreement is informal.

Chinese do not distinguish general succession from individual one. However, it shall not be considered that there is only individual succession in China. Heritage also includes both the positive and the negative.⁸ The positive heritage can be disposed of either by share or by individual. However, the negative heritage (heritage debt) is the legal burden of the positive one, which shall not be disposed of by will.

The will can only dispose of the positive heritage, so there is no general succession of disposing the positive estate and the negative one in proportion. In dividing a heritage, the heritage debts shall be paid off.⁹ However, this is not a front-end procedure, because after the division of the heritage, the heritage debts that have not been paid off shall be paid off by the legal successor within the scope of the inherited heritage through legal succession. If it is not enough to pay off, the testamentary successor and the legatee shall pay off according to the proportion of the acquired heritage.¹⁰

Code of 1959 (HCC1959) // URL: [https://gss.unicreditgroup.eu/sites/default/files/markets/documents/Civil %20Code %20_effective %20on %2024 %20July %202012_.pdf](https://gss.unicreditgroup.eu/sites/default/files/markets/documents/Civil%20Code%20_effective%20on%2024%20July%202012_.pdf); Hungary Civil Code of 2013 (HCC2013) ; URL: http://njt.hu/translated/doc/J2013T0005P_20180808_FIN.pdf ; Ukraine Civil Code of 2003 (UCC) // URL: http://www.businesslaw.org.ua/wp-content/Civil_Code.pdf ; Czech Civil Code of 1964 (CCC1964) // URL: https://is.muni.cz/el/1422/jaro2013/SOC038/um/Civil-Code_EN.pdf ; Czech Civil Code of 2012 (CCC2012) // URL: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Civil-Code.pdf> ; Latvia Civil Code (LCC) // URL: <https://likumi.lv/ta/en/id/225418-the-civil-law> ; Estonia Succession Act (ESA) // URL: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/Riigikogu/act/514012021002/consolide> ; Estonia Obligations Act (EOA) // URL: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/Riigikogu/act/512012021002/consolide>.

⁶ Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons, URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=62>.

⁷ Regulation (EU) No. 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 // URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/txt/?uri=uriserv %3AOJ.L_.2012.01.0107.01.ENG&toc=OJ %3AL %3A2012 %3a201 %3atoc](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/txt/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2012.01.0107.01.ENG&toc=OJ%3AL%3A2012%3a201%3atoc).

⁸ Section 1 of Article 1122 of CCPRC: An estate refers to the property lawfully owned by a natural person upon death. "The property" includes both positive property and negative property (heritage debt).

⁹ Article 1159 of CCPRC: Upon partitioning an estate, the taxes and debts payable or owed by the decedent in accordance with law shall be paid out of the estate, provided that a necessary portion of the estate is preserved for any successor who has neither the ability to work nor the source of income.

¹⁰ Article 1163 of CCPRC: Where intestate succession, testate succession, and testamentary gift concurrently exist, the taxes and debts legally payable or owed by the decedent shall be paid by the intestate successor(s) ; such taxes and debts in excess of the actual value of the portion of the estate inherited by the intestate successor(s) shall be paid by the testamentary successor(s) and donee(s)-by-will in proportion to the shares of the estate each of them has received.

Chinese do not distinguish estate from legacy. In other words, testamentary succession and bequest have equal status. The legal succession has not only low effectiveness but also low status. As mentioned above, the heritage debt is first borne by the legal successors, and then equally borne by the testamentary successors and legatees. The basis of the distinction between testamentary succession and bequest is not to designate a successor for the estate or a legatee for the legacy, but the identity of the heritage-receivers. It is testamentary succession if the heritage-receivers are the testator's legal successors, and it is bequest if the heritage-receivers are not the testator's legal successors.

There is only legal successor but no heir other than legal successor. Even if he or she is appointed in a will or an inheritance agreement, only when he or she is a legal successor he or she could be a heir, otherwise he or she is only a legatee. Because of this, China's inheritance support agreement can be correspondingly divided into two basic types: bequest support agreement with non legal successor as supporter and the inheritance attendance agreement with legal successor as supporter.

Another particularity related to this is that the support in other legislations in China is also divided into peer-support (between spouses, elder brothers and sisters to younger brothers and sisters),¹¹ child-raising (parents to children, grandparents to grandchildren, younger brothers and sisters to elder brothers and sisters),¹² and old-attendance (children to parents, grandchildren to grandparents).¹³

There is no forced share system in China, only an absolute necessary share system for a successor who has neither the ability to work nor the source of income.¹⁴ As long as there is a positive heritage, even if it is not enough to pay off the heritage debts, it must firstly meet the requirement of the absolute necessary share. It is not only forbidden to deprive but also forbidden to renounce. This makes it possible to renounce legal inheritance right in advance, but impossible to renounce the right of forced share

because it doesn't exist or the right of absolute necessary share because it's forbidden.

Therefore, there is no inheritance renunciation agreement with the positive consideration like the one regulated by Article 495 of Swiss Civil Code (ZGB), but the inheritance agreement with negative consideration that a renunciation of the inheritance right is in exchange for exemption of the specific performance of attendance. Moreover, we can not only renounce the whole right of inheritance in advance, but also renounce the right of inheritance to specific property in advance.

In China, both inheritance agreement and gift contract are informal. So, the rules related to the forms of the two in Europe do not exist in China.

The order and scope of legal successors in China is also influenced heavily by the Soviet Union. The first successors in order include spouses, children and parents, and the second successors in order include siblings, grandparents and grandchildren. They are same as those of the Soviet Union, but both the orders and the scopes have been greatly expanded in Russia.

2. The orientation of the inheritance agreement in China and Russia

Different legislations of inheritance agreements have different orientations, which mainly focus on with or without consideration, support or disposition of inheritance rights.

2.1. Legislative orientation of inheritance agreement in civil code outside China and Russia

The Austrian General Civil Code (ABGB) only stipulates the spouse mutual agreement (Article 602). ABGB provides that will, inheritance agreement and legal succession are the basis of succession (Article 533), but it avoids the priority of between inheritance agreement and will. However, because it stipulates that the inheritance agreement should have the el-

¹¹ Section 1 of Article 1059 of CCPRC: Both spouses have the duty to support each other.

Section 2 of Article 1075 of CCPRC: Younger brothers or sisters who have been brought up by their elder siblings and who are financially capable have the duty to support such elder siblings who lack both the capacity to work and the means to support themselves.

¹² Section 1 of Article 1067 of CCPRC: Where parents fail to fulfill their duty to raise their children, a minor child or an adult child who is incapable of supporting himself has the right to claim child support payments against his parents. Section 1 of Article 1074 of CCPRC: Paternal or maternal grandparents, if financially capable, have the duty to raise their minor grandchildren whose parents are deceased or are incapable of such raising.

Section 1 of Article 1075 of CCPRC: Elder brothers or sisters, if financially capable, have the duty to raise their minor siblings whose parents are deceased or are incapable of such raising.

¹³ Section 2 of Article 1067 of CCPRC: Where an adult child fails to fulfill the duty to support his parents, his parents who lack the capacity to work or are in financial hardship have the right to claim support payments against the adult child. Section 2 of Article 1074 of CCPRC: Paternal or maternal grandchildren, if financially capable, have the duty to support (attend) their grandparents whose children are deceased or are incapable of providing such support (attendance).

¹⁴ Article 1141 of CCPRC: Reservation of a necessary portion of an estate shall be made in a will for a successor who has neither the ability to work nor the source of income.

ements of a written will (Article 1249), so it has the same effect as the spouse common will¹⁵ (Article 1248).

Article 2292 of the German Civil Code (BGB) stipulates that the spouse mutual inheritance agreement can also be cancelled by their common will, which formally indicates that the spouse mutual inheritance agreement has the same effect as the spouse common will. This rule is accepted by the legislation which stipulates both the spouse common will and the spouse mutual inheritance agreement,¹⁶ and becomes an exception of the rule that the effect of the inheritance agreement is prior to that of will. The mutual restriction between the spouses in the mutual inheritance agreement can produce a similar effect of consideration, but it is not subject to evaluation with or without consideration.

BGB defines mainly inheritance agreement as the one without consideration, focus on the disposition of inheritance rights, and recognizes the possibility of designated inheritance agreement with support as consideration (Article 2295). Article 495 of ZGB explicitly recognizes that inheritance renunciation agreement may be with or without valuable consideration. So far, designated inheritance agreement and inheritance renunciation agreement can be with or without consideration. The legislative orientation of inheritance agreement in Czech and Latvian is generally between them. In Latvia, it is particularity that common will and mutual inheritance agreement are not limited to spouses.¹⁷

However, there are also different legislations of inheritance agreement, some are without consideration wholly and centered on the disposition of inheritance rights, some are with consideration mainly and centered on support, or some are with consideration wholly and centered on support.

It is Estonia, where inheritance agreement is without consideration wholly and centered on the disposition of inheritance rights. Section 1 of Article 95 of the Estonian Succession Act (ESA) provides that an inheritance agreement is either an agreement that the heritage-leaver instructs to inherit or bequeath and the receiver accepts it; or an agreement between the heritage-leaver and his intestate heirs (legal heirs) to renounce inheritance right.

The Section 2 of this article stipulates that an agreement, which prescribes the obligation of a person who is a party to a inheritance agreement, on the basis of which an estate, legacy, testamentary

obligation or testamentary direction is received or an inheritance is renounced is not part of a s inheritance agreement and the provisions concerning inheritance agreement do not apply thereto.

However, according to Item 4 of Section 1 of Article 103, the inheritance agreement is concluded after considering the situation that the other party bears the obligation mentioned in Section 2 of Article 95, and the obligation includes performing the regular obligation, especially ensuring the support before the life of the heritage-leaver. If the obligor intentionally and substantially violates the obligation, the heritage-leaver has the right to unilaterally withdraw from the inheritance agreement. The consideration crack of Article 2295 of GBG has been eliminated by making them as statutory one. However, this is only the elimination of ideas rather than substance.

It is Hungary, where inheritance agreement is mainly with consideration and centered on support. Article 7:48 of Hungarian civil code (2013) (HCC 2013) takes the inheritance support agreement as a typical inheritance agreement. It stipulates that in an inheritance agreement, the heritage-leaver names the party contracting with him as his heir to inherit his property, a certain part of it or specific assets against maintenance, life annuity or care provided for the heritage-leaver or a third party indicated in the agreement; and the other party commits himself to perform support, life annuity or care. Thus, the designated inheritance agreement can be divided into inheritance support agreement with consideration and expected inheritance disposition agreement without consideration (article 7:54). This opens up the small consideration crack of Article 2295 of GBG so that the inheritance support agreement with consideration occupies half of the designated inheritance agreement.

It is Ukraine, where inheritance agreement is wholly with consideration and centered on support. Article 1302 of the Ukrainian civil code (UCC) provides that according to an inheritance agreement, one party (the recipient) is obligated to fulfill the orders of the other party (the alienator) and acquires the right to inherit the alienator's property after his or her death.

"Ukrainian law also has such an agreement: the inheritance contract. This notion is relatively new to the Ukrainian legal system since the legislation before 2004 (the year of coming into force of the Civil Code of Ukraine) did not provide for it. The inher-

¹⁵ The reason why we use "spouse common will" is to hope that the concept can cover mirror wills, joint wills and mutual Wills (the same as spouse mutual agreement) in common law system, because in China's judicial practice, the scope of spouse common will is basically the same as that in common law system.

¹⁶ Generally, those who recognize the spouse mutual agreement also recognize the spouse common will. Only CCC (2012) provides for a spouse mutual inheritance agreement (Article 1592), but prohibits a spouse common will (Article 1496).

¹⁷ Article 604 of LCC: A will, whereby two or more persons in the form of one joint document reciprocally appoint each other as heir, is termed reciprocal. But, if in such a will the appointment of one person as heir has occurred with the

itance contract has several advantages over similar legal notions. For instance, the transfer of ownership under the inheritance contract occurs only after the death of the transferor. Thus, a transferor under an inheritance contract is more protected than the transferor under a life care contract. Conversely, the rules concerning reserved portions in inheritance do not extend to the estate, which is transferred under the inheritance contract. Therefore, a transferee is in a better position than an heir under a will. Thus, despite Ukrainians being more accustomed to wills and life care contracts than to inheritance contracts, one can predict the increasing use of the latter.”¹⁸

It can be seen that the main legislative purpose of Ukrainian inheritance agreement is to provide a new solution to the pension problem between the life care contract and the will with the support obligation.

Although the designated inheritance agreement is widely recognized by the legislation of inheritance agreement in civil code, there are huge differences over whether either inheritance renunciation agreement or donatio mortis causa is an inheritance agreement or not.

Although Article 551 of ABGB and Article 2346 of BGB provide for the inheritance renunciation agreement, they are not recognized as inheritance agreement because it is not considered as *actes à cause de mort*. Hungary, Czech and Latvia follow them. Both designated inheritance agreement and inheritance renunciation agreement are defined as inheritance agreement according to Articles 494-495 of ZGB, thus the former is called a positive inheritance agreement and the latter is called a negative inheritance agreement.

Estonia follows it (Article 98 of the ESA). The reason why Germany does not recognize the inheritance renunciation agreement as *actes à cause de mort* is the legal obstacles that depriving the inheritance right is excluded from the inheritance agreement. As a matter of fact, it can only be seen from the perspective of the heritage-leaver whether it is *actes à cause de mort* or not. From the perspective of the heir, the inheritance renunciation agreement must not be *actes à cause de mort*, but from the perspective of the heritage-leaver, it is the inheritance agreement to deprive inheritance right. Therefore, like other inheritance agreements, the inheritance renunciation

agreement is also a combination of the act of death and the act before death. The inheritance renunciation agreement is not stipulated and recognized in UCC or CCRF.

Article 2301 of BGB, Article 7:53 of HCC2013 clearly treat donatio mortis causa as inheritance agreement. It is Ukraine where donatio mortis causa is impossible to exist. According to Section 1 of Article 722 of UCC, the ownership of the donee to the gift shall take place from the date of acceptance of the gift by the donee. Section 3 of Article 723 of UCC also states that the gift contract shall terminate if either party dies.

Therefore, there is no room for donatio mortis causa. It is Latvia where donatio mortis causa only produces the effect of contract law. Section 3 of Article 1915 of LCC stipulates that if the donee agrees to accept the gift, the donee, as well as the heirs of the donee, shall have the right to claim the delivery of the gift from the donor, as well as from the heirs of the donor. The separation model of the two is that in some cases bequests are applicable, and in some cases, gift contracts are applicable. According to Article 956 of ABGB, if donatio mortis causa meets the conditions of validity of the will, it shall be treated as bequeath; if the gift meets two substantive requirements and the corresponding formal elements, it shall be treated as gift contract. Article 2063 of CCC (2012) follows it.

2.2. The orientation of the inheritance agreement in Russia

The inheritance renunciation agreement is not recognized and donatio mortis causa is forbidden in CCRF. Section 3 of Article 572 of CCRF provides donatio mortis causa is invalid from the beginning, and the relevant provisions on inheritance shall be applied.¹⁹

Therefore, in terms of type orientation, the inheritance agreement recognized in CCRF is limited to the designated inheritance agreement.

As far as the designated inheritance agreement is concerned, the three patterns have been formed in Europe, including spouse mutual inheritance agreement which is not subject to evaluation with or without consideration, inheritance agreement without consideration, and inheritance support agreement with consideration.

condition that the appointment of the other person must exist and must be valid, such that one appointment may be or not be valid only jointly with the other, then the will is termed mutual.

Article 639 of LCC: Contractual inheritance shall be founded by contract pursuant to which one party grants the rights to his or her future inheritance or its part to another party, or several parties grant such rights to each other. Such a contract is termed an inheritance contract.

¹⁸ *Dikovska I.* Conflict of laws regulation of contractual dispositions upon death: should Ukraine follow the EU's approach? // *Zbornik PFZ*. 2019. Vol. 69. N 3. P. 378.

¹⁹ Section 3 of Article 572 of CCRF: 3. The contract stipulating the transfer of a gift to the donee after the death of the donor shall be null and void.

The rules of civil legislation on inheritance shall be applied to this kind of donation.

As for Russia, Article 1140.1 of CCRF recognizes all three. What is very special is that, as mentioned above, the orientation of its inheritance agreement has undergone a subversive change. First, it is positioned with consideration wholly and centered on support, and then it is positioned without consideration mainly and centered on inheritance disposition. This dramatic transformation is worth pondering.

2.3. The orientation of the inheritance agreement in China

China is a country with the tradition of respecting the elderly and the complex of providing for the aged. The inheritance agreement is centered on the inheritance support agreement with consideration that heritage in exchange of support.

Chinese is used to providing for the aged at home. Having no children or having children but no ability to provide for them means that we can only take alternative ways to provide for the aged at home. Therefore, China has established the five guarantees system. Article 6 of the Regulations on the Work of the Five Guarantees in Rural Areas stipulates that the villagers who are old, disabled or under the age of 16, of them who without legal support obligors or with legal support obligors having no ability to support have neither the ability to work nor the source of income, shall enjoy the treatment of the five guarantees in rural areas.

The so-called "Five Guarantees" mainly include the following items: food protection, clothing protection, medical protection, preservation protection and burial protection. For the elderly, it means being cared for while they are alive and being properly buried after death. A similar system applies in cities. The above is the administrative relief system, and the corresponding civil relief system is the bequest support agreement.

As the object of the five guarantees for the elderly is characterized by the lack of legal support obligors, and the legal support obligors are close relatives,²⁰ and close relatives are legal successors,²¹ Article 1158 of CCPRC stipulates that the supporter are organizations or individuals "other than the legal successors". After the supporter has been fulfilled the obligation of attendance and burial for the supported elderly (heritage-leaver), in return the supporter has the right to receive the heritage of the supported elderly under the agreement.

Because Chinese is used to family attendance and pays attention to family harmony, people are used to dealing with inheritance and attendance as a whole, so as to properly deal with the old people's

attendance and heritage. Therefore, the inheritance attendance agreement came into being. Inheritance attendance agreement is actually a kind of family inheritance agreement with the cores of attendance and heritage.

There are mainly two modes: one is to stipulate that all legal successors take turns to attend their parents, and how to distribute the heritage after their parents' death; the other is to stipulate that some legal successors are responsible for directly attending their parents, and after their parents' death, the heritage is distributed to them, while other legal successors do not directly attend their parents, who do not bear the cost of maintenance and renounce the inheritance right to their parents.

Section 1 of Article 15 of the Law on the Protection of the Rights and Interests of the Elderly of the People's Republic of China stipulates, a supporter shall not refuse to perform his attendance obligations on the ground of renounce his inheritance right or other reasons. According to this provision, the legal attendance obligors can renounce the inheritance right in advance, and can be exempted from the specific performance of attendance. However, the legal attendance obligations shall not be renounced or exempted.

In China, the bequest support agreement with non legal successors as the subject of obligation and the inheritance attendance agreement with legal successors as the subject of obligation are formed in this way. Both parties of the two kinds of agreement have the right to rescind the contract at will and shall apply or refer to the rules of Article 40 of the Interpretation 1 of the Supreme People's Court on the Application of the Succession Book of the Civil Code of the people's Republic of China: "After an organization or individual other than the successor has signed a bequest support agreement with a natural person, if the supporter fails to perform the agreement without justifiable reasons, resulting in the rescission of the agreement, the supporter shall not enjoy the right to receive the heritage, the maintenance expenses paid by the supporter shall not be compensated generally; if the bequeather fails to perform the agreement without proper reasons, resulting in the termination of the agreement, the bequeather shall repay the maintenance expenses paid by organizations or individuals other than the successor."

Therefore, in terms of type orientation, China mainly adopts inheritance agreement with consideration centered on support. However, in judicial practice, judges also recognize the inheritance agreement without consideration, but usually do not recognize

²⁰ Section 2 of Article 1045 of CCPRC: Spouses, parents, children, siblings, paternal and maternal grandparents, and paternal and maternal grandchildren are close relatives.

²¹ Section 1 of Article 1127 of CCPRC: The estate of a decedent shall be succeeded in the following order:

(1) first in order: spouse, children, and parents ;

(2) second in order: siblings, paternal grandparents, and maternal grandparents.

that it has the effect prior to that of will as that of the inheritance support agreement.

As mentioned above, in China's judicial practice, the inheritance renunciation agreements with negative consideration or without consideration are recognized, but the inheritance renunciation agreements with positive consideration does not exist at all because of no forced share system in China.

In China, *donatio mortis causa* only produces the effect of contract law, but not the effect of inheritance law. In particular, bequest shall not be exempted from heritage debt at all. On the contrary, the heritage debt generated by contract law has the priority of validity, and there is no need to recognize *donatio mortis causa* as an inheritance agreement. This is determined by the uniqueness of China's inheritance system.

In China's judicial practice, the spouse mutual inheritance agreement is not recognized. Just like the common law spouse common wills can be divided into mirror wills, joint wills and mutual wills, it is recognized as the contractual binding mutual wills.

3. The Characteristics of the Inheritance Agreement in China and Russia

3.1. The Characteristics of the Inheritance Agreement in Russia

The biggest feature of Russian succession agreement is that it shakes the dogma that the effect of inheritance agreement is prior to that of will. It is mainly reflected in Paragraph 2 of Section 8, Section 10 and Section 12 of Article 1140.1 of CCRF.²²

Almost without exception, the legislation of inheritance agreement in European continental law system holds that the effect of inheritance agreement is prior to that of will.

In German, inheritance agreements makes all the contradictory wills whether prior or subsequent shall be null and void.

Section 3 of Article 389 of the LCC and Article 9 of ESA clearly stipulate that an inheritance agreement

takes precedence over a will, and the two take precedence over the legal succession.

However, this priority is not applied to between the spouse mutual inheritance agreement and the spouse common will, which can be withdrawn from each other and have the same effect.

Although the effect of inheritance agreement is almost without exception higher than that of will, the priority is different.

It has the strongest priority of inheritance agreement in Hungary. Section 1 of Article 7:50 of HCC2013 stipulates that unless agreed otherwise by the parties, the arrangement of the testator that alienates or encumbers, *inter vivos* or for the event of his death, an asset that is subject to an inheritance agreement shall be null and void.

On the contrary, it has the weakest priority of inheritance agreements in Russia. Inheritance agreement not only can't restrict the act before death or the cause of death, but also can't restrict other inheritance agreements or wills. Section 12 of Article 1140.1 of CCRF is its declaration. Paragraph 2 of Section 8 of Article 1140.1 of CCRF clearly provides that the heritage-leaver may enter into several inheritance agreements with different persons in respect of a property, except that the earlier inheritance agreement shall be applied when they accept the property. Section 10 of article 1140.1 of CCRF stipulates the right of revocation of succession agreement at will for both parties.

This makes the priority of the inheritance agreement mainly reflected in that the an inheritance agreement can directly withdraw a will whose former contents conflict with each other, but a will cannot directly withdraw the inheritance agreement whose former contents conflict with each other. Because of the weak sense of existence of inheritance agreement, it is difficult for heirs to trust it. It has been pointed out that in the inheritance support agreement, if the heritage-leaver sells the property listed in the inheritance agreement to a third party, the heir who faithfully performs the inheritance agreement will get nothing when the heritage-leaver dies.²³

²² Paragraph 2 of Section 3 of Article 1140.1 of CCRF: If one piece of the testator's property has been the subject matter of several inheritance contracts concluded with different persons then in cases when the inheritance is accepted by them the inheritance contract concluded earlier shall be applicable.

Section 10 of Article 1140.1 of CCRF: The testator has the right to unilaterally waiver at any time the inheritance contract by means of notifying all the parties to the inheritance contract about such waiver. The notice of waiver by the testator of the inheritance contract is subject to notarisation. The notary that has attested a notice of waiver by the testator of the inheritance contract shall send a copy of that notice within three working days to the other parties to the inheritance contract in the procedure envisaged by the legislation on the notarial profession and notarialactivity.

Section 12 of Article 1140.1 of CCRF: After the conclusion of the inheritance contract the testator has the right to conclude any transactions in respect of the property belonging the reto oro the rwise dispose of the property that belongs here to by his/her own will andin his/her own interest, even if such disposalis going to deprive a person who can be called upon to inherit of the rights to the testator's property. An agreement to the effect of otherwise is null and void.

²³ Гребенкина И. А. Совершенствование наследственного права: все ли предлагаемые изменения обоснованны? // Lex russica. 2016. № 11. С. 138.

However, in any case, it must be admitted that the Russian legislation of inheritance agreement shows the irrationality that the effect of inheritance agreement without consideration is prior to that of will.

3.2. The Characteristics of the Inheritance Agreement in China

As mentioned above, due to the unique characteristics of China's inheritance system, there are many characteristics in terms of inheritance agreement. However, what we want to discuss here is the breakthrough of the dogma that the effect of inheritance agreement is prior to that of will.

There is no doubt that the effect of bequest support agreement and inheritance attendance agreements is prior to that of wills. Article 1123 of CCPRC clearly stipulates the priority effect of the bequest support agreement,²⁴ while the rule can be applied to inheritance attendance agreements by reference.

However, in judicial practice, it is not recognized that the effect of inheritance agreement without consideration is prior to that of will. This is not difficult to understand, because it may not generally constitute a reasonable restriction on the freedom of will. It is reasonable that through the inheritance agreement with consideration, especially the inheritance support agreement, the heritage-leaver can realize the interests more fully, and the heritage-leaver limit his or her will freedom for his or her own benefit.

However, through the inheritance agreement without consideration the heritage-leaver will not increase his or her interests, so it is unreasonable that the heritage-leaver's will freedom is restricted by anyone through the inheritance agreement without consideration. However, there is no need to prohibit it, as it is also a way that the heritage-leaver can choose freely. In order to respect both of the freedoms, the best way is to give the inheritance agreement without consideration the same effect as the will. In this case, Section 12 of Article 1140.1 of CCRF will have nothing to blame.

Conclusion

As a relatively recent legislation or judicature, it has different orientation and characteristics of inheritance agreement in China and Russia. China's orientation is mainly with consideration and centered on support, while Russia's orientation is mainly without consideration and centered on the disposition of inheritance right of designated inheritance agreement. China has more characteristics of inheritance agreement because of its unique inheritance system.

In particular, China and Russia have launched a challenge to the doctrine that the effect of inheritance agreement is prior to that of will. Inheritance agreements are more and more recognized and their problems are more and more observed yet.

REFERENCE

1. Гребенкина И. А. Совершенствование наследственного права: все ли предлагаемые изменения обоснованны? // Lex russica. — 2016. — № 11.
2. Dikovska I. Conflict of laws regulation of contractual dispositions upon death: should Ukraine follow the EU's approach? // Zbornik PFZ. — 2019. — Vol. 69. — N 3.

²⁴ Article 1123 of CCPRC: After succession opens, it shall be processed as an intestate succession, or where there is a will, as a testate succession by the successor(s) or donee(s)-by-will ; or be processed in accordance with the agreement on testamentary gift for inter vivos support, where there is such an agreement.

Гражданское право

《中华人民共和国民法典》体系性研究中的方法论自觉 Методологические основы развития норм Гражданского кодекса Китайской Народной Республики Methodological consciousness in the systematic study of the Civil Code of the People's Republic of China

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
pangdongmei71@163.com

Ян Чаньюй,

профессор, научный руководитель докторантуры
Исследовательского центра китайской правовой культуры и развития верховенства права
Университета Янчжоу, КНР
pangdongmei71@163.com

Yang Changyu,

Professor and Doctoral Supervisor
Research Center of the Chinese Culture of Law and
the Development of the Rule of Law, Yangzhou University, China
pangdongmei71@163.com

© Ян Чаньюй, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.035-042

摘要：2021年1月1日，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）正式实施。《民法典》的颁布和实施成为中国法治进程中具有里程碑意义的大事，体现了中国法治发展的程度和特色。在《民法典》具有的诸多特色中，体系性创新成为最大靓点，围绕民法典的体系性研究已经成为中国法学学术研究的焦点和热点问题。

在学者们的研究过程中，法系、法律体系、法治体系、国家治理体系是四个常见的范畴，每个范畴都从不同角度透视出中国民法典的独特之处，体现出方法论上的自觉。法系范畴彰显出民法典的文化特征，从包含文化因素的法系角度进行观察，《民法典》将富有中国特色的社会主义核心价值观融入其中，在婚姻家庭编和人格权编中有诸多体现；法律体系范畴突出了民法典的规范地位，从一国法律体系的有机整体进行观察，《民法典》在中国特色社会主义法律规范体系中居于核心重要地位；法治体系范畴诠释了民法典的新时代特征，法治体系是来源于中国法治实践的创造，是中国全面依法治国的总目标之一，《民法典》的制定与实施是对健全“完备的法律规范体系”的重要践行；国家治理体系范畴勾勒出民法典的治理特征，《民法典》充分贯彻了经济、政治、文化、社会、生态“五位一体”国家总体布局的治理逻辑。在思维方式上，四个范畴的运用实现了四个转换，即从世界法律体系到中国法律体系的转换、从民法典的形式体系到价值体系的转换、从民法体系的一般性到中国民法典体系特殊性的转换、从民法典规范体系到国家治理体系的转换。

研究逻辑上的转换透视出民法典体系性研究中的方法论自觉。首先，透视出民法典的体系性研究从本体论经由认识论到方法论的自觉。本体论研究解决“是什么”的基础问题，在内容上明确《民法典》基本的体系构造；认识论研究解决的是“如何认识”的问题，表现为对《民法典》认识方法和路径的寻求；方法论研究是对方法和认识路径的再审视，具有更多反思的成分，是对《民法典》已有体系性问题研究的研究。其次，前述研究上的四个体系性转换体现了中国研究者使命担当的自觉。新中国成立70年来，中国法学和法治的独立话语体系正在生成，寻求法治体系建构的本土性、寻求中国法学知识体系与法治体系的契合性、寻求中国法学知识生产中的“特色学说”与“普遍学理”之间的关系等，是中国法学的时代之问，《民法典》体系性研究中的

方法论自觉体现了研究者时代使命担当的自觉。第三，应当看到，方法论的自觉也透露出当前《民法典》体系性研究中需要注意的问题：一是对基本范畴运用过程中，不能仅充当概念和范畴的搬运工，而应当充分了解每一个范畴在特定学科领域中最新成果和通常涵义，不能望文生义；二是应注意各种体系范畴之间区别与有机联系，立足中国的时代精神和法治特色进行阐释；三是研究者对四个范畴的运用多是从民法典的内在体系出发，并没有充分将内在与外在视角相结合。

关键词：《中华人民共和国民法典》 体系性研究 方法论自觉

基金项目：国家社科基金项目“马克思主义实践生存论视域下法治的道德根基研究”（19BFX003）阶段性成果。

Abstract. *The Civil Code of the People's Republic of China (hereinafter referred to as the Civil Code) was formally implemented on January 1st, 2022. The promulgation and implementation of the Civil Code has become a milestone in the process of the rule of law in China, reflecting the degree and characteristics of the development of the rule of law in China. Among the many features of the Civil Code, the systematical innovation has become the most remarkable highlight, and the systematical research on the Civil Code has become the focus and hot topic in the academic research on Chinese law.*

In the research process of scholars, genealogy of law, legal system, the rule of law system and the national governance system are four common categories, each of which reflects the unique characteristics of China's civil code from different perspectives and reflects the consciousness of methodology. The category of genealogy of law shows the cultural characteristics of the civil code.

Firstly, from the perspective of the genealogy of law containing cultural factors, the Civil Code integrates the socialist core values with Chinese characteristics, which are showed, for example, in the Marriage and Family chapters and the Right of Personality chapters.

Secondly, the category of legal system highlights the normative status of the Civil Code. Observed from the organic integrity of legal system, the Civil Code occupies the core and important position in the socialist legal normative system with Chinese characteristics.

Thirdly, the category of the rule of law system explains the characteristics of the new era of the Civil Code. The rule of law system is derived from the innovation of China's rule of law practice, and is one of the general goals of China's comprehensive rule of law. In this sense, the formulation and implementation of the Civil Code is an important practice of improving the "complete system of legal norms".

Last but not the least, the category of national governance system outlines the governance characteristics of the Civil Code, and the Civil Code fully implements the governance logic of the overall layout of the country, the Five-sphere Integrated Plan, including the promotion in the areas of economy, politics, culture, society and ecology. The application of the four categories has realized four sorts of transformation of the mode of thinking, namely, from the world's genealogy of law to the legal system of China, from the form system of the Civil Code to the value system of it, from the generality of civil law system to the particularity of Chinese civil code system and from the normative system of the Civil Code to the national governance system.

The transformation of the researching logic reflects the methodological consciousness in the systematic study of the Civil Code. First of all, the systematic study of the Civil Code has transmitted from ontology through epistemology to the methodological consciousness. Ontological research solves the basic problem of "what is" and clarifies the basic systematic structure of the Civil Code. The study of epistemology solves the problem of "how to know", which is embodied the search for the method and path of the cognition of the Civil Code. While, the Methodological research is a re-examination of methods and cognitive approaches, with more reflective elements, and is a study on the existing systematic research on the Civil Code. Secondly, the four systematic transformations mentioned above reflect the consciousness of Chinese researchers to take on their mission. Since the founding of new China over the past 70 years, the independent discourse system of the academic research of Chinese scholars and the rule of law has been generated.

Seeking the indigenization of the construction of the rule of law in China, seeking the integrity of the knowledge system of law and the rule of law system in China, seeking the harmonious relationship between the characteristic theories and the general theories in the process of the production of Chinese legal knowledge, etc., belong to the question of the age.

Therefore, the methodology consciousness in the study of the Civil Code shows the Chinese researchers' consciousness to take on the burden of the coming era. Third, it should be noted that the methodological consciousness also reveals some problems in the current research on the Civil Code: (1) the researchers should avoid being merely the porters of certain concepts and categories when applying the basic categorical methods, and shall be fully understand each category in the specific areas and the latest achievements of related research, avoiding taking the words simply literally; (2) the related various

systems and categories should be interpreted basing on the spirit of the age and the characteristics of the rule of law in China, and we should pay attention to the differences and organic links between them; (3) the four categories mostly often be applied by the researchers from the internal system of the civil code, lacking of the comprehensively combination of the internal and external perspectives.

Keywords: The Civil Code of the People's Republic of China, Systematic Research, Methodological Consciousness.

Fund Project. This paper represents the phased achievement of the National Social Science Fund Project: "The Research on the Moral Foundation of the Rule of Law from the Perspective of the Marxism Practical Existentialism"(19BFX003).

2021年1月1日,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)正式实施。《民法典》的颁布和实施成为中国法治进程中具有里程碑意义的大事,这部法典在一定意义上体现了中国法治发展的程度和特色。中国民法典编纂在借鉴了其他民法典的成功经验和做法的同时,更注重回应中国社会现实需求,体现新时代的发展特色,实现了令人瞩目的体系创新。“我国民法典在充分借鉴比较法的经验的基础上,立足于中国国情,在体系构建方面作出了重要的创新”。¹当前中国学术领域围绕民法典的体系创新法学相关学科已有大量的成果产出,民法典体系性研究是一种重要的学术现象,“体系”也成为审视民法典的重要维度。民法典本身规范的社会事务众多,这决定了其体系构造的庞大,包括7编84章,条文多达1260条。在法典之外,还存有很多特别法律规范(如商法、与知识产权相关的法律),法典之内外构成巨大的规范群体。²众多的法律条文、法律规范和法律制度只有通过严密的体系逻辑才能将其统摄成一个完整统一的整体,因此,掌握民法典体系化逻辑尤为重要,它是学好用好民法典的重要前提。从已有的成果中不难梳理出,当前研究中涉及到法系、法律体系、法治体系、国家治理体系四个重要理论范畴,每个范畴都从一定角度透视中国民法典的特质,体现出了一种方法论上的自觉。在这个自觉的过程中,既让我们看到思维方式转换的力量,也看到中国学者的学术担当和时代使命,同时也促使让我们对民法典体系性研究中的问题有更多的思考。

一、民法典体系性研究中的四个范畴

“范畴在人们认识世界的活动中,具有重要的意义,一方面,它是人们认识成果的结晶,表明了人们理论思维的发展水平,另一方面,它又成为人们在更深的层次上把握客体的中介环节。”³民法典具有庞大的规范和制度群落,对其内在的体系逻辑的清晰展现是学好用好民法典,充分发挥其作用的前提。对研究者而言,研究范畴的选择直接决定了透视的层面和问题的深度。概括而言,民法典体系性研究当前主要涉及法系、法律体系、法治体系、国家治理体系四个体系性概念范畴,它们在理论上为我们认识中国民法典提供了多元的维度。从法学研究的角度来看,每个范畴都能透视出中国民法典独特之处。

(一)法系范畴彰显中国民法典的文化特征

中共中央办公厅、国务院办公厅于2016年12月印发的《关于进一步把社会主义核心价值观融入法治建设的指导意见》指出:“大力弘扬中华优秀传统文化,汲取中华法律文化精华,使之成为涵养社会主义法治文化的重要源泉。”党的十九大报告进一步指出:“文化自信是一个国家、一个民族发展中更基本、更深沉、更持久的力量。”文化自信是更基础、更广泛、更深厚的自信。在这一共识之下,学者们一致认为,我们应充分挖掘和利用传统法律文化资源,借助民法典这一制度性框架充分弘扬优秀的传统中国文化,面对新的社会经济条件下复杂的法律问题,法律共同体应努力从传统文化中寻求智慧与启示。⁴“《民法典》包含着一个民族的‘精神密码’”。在立法目标上,最初也是要编纂一部真正属于中国人民、立足中国实际、面对中国问题、凝聚中国共识、发扬中国智慧、提出中国方案、回答中国之问的法典,能够体现中国的历史传统,反射出中国人的价值共识的法典。民法典既扬弃又创新,体现了中国精神文化的特征,特别是将社会主义核心价值观的充分融入更是富有特色。“我国民法典从中国的实际情况、从时代的发展需要出发,在借鉴两大法系立法经验的基础上构建中国特色的民法典体系,也为世界民法典体系构建提供了中国方案。”⁵在婚姻家庭编、人格权编中更是有诸多体现。“从法典化的历史来看,婚姻家庭、继承制度是民法典精神气质的集中反映,因为较之于财产法而言,这些身份法制度与一个国家特定的历史传统、文化、风俗民情的关系更为密切;这就不难理解,这些领域的问题往往是民法典起草中争论最为激烈的问题”。⁶

从法系范畴的研究倾向上看,“法系与文化相勾连,而法系又是文化的一部分,法律制度被置于文化的视野而加以考察”。⁷从法律的发展史来看,如果说“法典化的最初动因是法律民族主义”,⁸那么中国民法典的诞生则体现或回应了中国社会的现实需求,彰显了中国传统文化精神。

¹ 王利明:《体系创新:中国民法典的特色与贡献》,《比较法研究》2020年第4期,第1页。

² 参见孙宪忠:《论民法典贯彻体系性科学逻辑的几个要点》,《东方法学》2020年第4期,第20页。

³ 韦绍英:《论比较法的基石范畴》,载沈宗灵、王晨光编:《比较法学的新动向》,北京大学出版社1993年版,第206页。

⁴ 参见石佳友:《解码法典化:基于比较法的全景式观察》,《比较法研究》2020年第4期,第34页。

⁵ 王利明:《体系创新:中国民法典的特色与贡献》,《比较法研究》2020年第4期,第13页。

⁶ 石佳友:《解码法典化:基于比较法的全景式观察》,《比较法研究》2020年第4期,第28页。

⁷ 【美】约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东等译,法律出版社2004年版,第2页。

⁸ 自18世纪起,部分君主有意识地试图摆脱作为普通法的罗马法以及“法律绅士”的法学家阶层的影响,实现法律的“国有化”(nationalization)。参见石佳友:《解码法典化:基于比较法的全景式观察》,《比较法研究》2020年第4期,第29页。

在法系的渊源和结构上，人们认为“现代中国民法典编纂始于对以德国民法典为典范的潘德克顿法学体系的继受。中华人民共和国成立后的数次民法典编纂，经历了从师法苏联民法到探索本土民法典体系的历程，最终形成了《中华人民共和国民法典》的独特结构。”⁹ 民法典维系社会公序良俗，承载了民族精神和国家文明，“民法典是维系社会公序良俗、体现民族精神文化、坚持法治与德治相结合之法典。民法典具有浓厚的伦理性，是社会价值的缩影、民族精神的标记、国家文明的凝练。”这既体现了民法典现实基础的牢固，也展现出了中国气魄和精神。因此，“民法典是对民族优秀的传统法律文化的承继，亦是法典化所不能回避的使命”。¹⁰

（二）法律体系范畴突出了中国民法典的规范地位

习近平总书记指出：“民法典在中国特色社会主义法律体系中具有重要地位，是一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律”。¹¹ “中国特色社会主义法律体系”自2011年起具有了特定的形式和内容，中国特色社会主义法律体系由宪法及其相关法、民商法、刑法、行政法、经济法、社会法、诉讼及其非诉讼程序法等七部门构成，其中民商事法律部门作为最为基本法律部门之一，在社会主义市场经济建设中起最重要的调整作用。“民法是中国特色社会主义法律体系的重要组成部分，是民事领域的基础性、综合性法律，规范各类民事主体的各种人身关系和财产关系，涉及社会和经济生活的方方面面，被誉为社会生活的‘百科全书’，包含着一个民族的精神密码，是一个国家软实力的核心”。¹² 民法在现代国家的治理体系中具有基础性的规范地位。“民法与国家其他领域法律规范一起，支撑着国家制度和国家治理体系，是保证国家制度和国家治理体系正常有效运行的基础性法律规范”。¹³

学者们对法律体系范畴的自觉运用突出了中国民法典重要的规范地位。以法律体系范畴为视角，学者们的研究主要区分为两个话语体系，即法律体系的表与里的问题——形式构造和实质构造两个涵义。在中国特色社会主义法律体系的话语体系中，强调的是作为部门法基础性构造的民法典，它是一国之内表层法律体系的形式性构造。在公私法的二元论的话语体系中，以规范和保障的权利内容及其性质上来区分，法律体系一般划分为公法与私法，这构成一种实质上区分。“法律体系可以分为公法与私法，民法作为私法，在国家治理体系的构建和运行中发挥重要作用。国家治理体系是以法治为基础建立的规范体系和权力运行机制，《民法典》作为国家治理体系现代化的制度保障，在其中发挥着基础性作用。”¹⁴

（三）法治体系范畴诠释了中国民法典的新时代特征

新时代中国法治建设实现了从法律体系建设阶段到法治体系建设阶段的转换。党的十八大以来，中国共产党在领导全面依法治国、建设法治中国的实践中形成了全面依法治国新理念新思想新战略，“提出了一系列具有时代性、原创性、标识性的新概念新命题新话语，‘中国特色社会主义法治体系’就是最具代表性统领性的核心概念，集中表达了习近平新时代中国特色社会主义思想，是新时代法治实践创新和法学理论创新的统一，也是进一步创新发展中国特色法学理论、建构中国特色法学体系的一把金钥匙”。¹⁵ 法治中国实践中“中国特色社会主义法治体系”，是中国的创造，也同时预示了法学研究和理论创新的新范式的产生。相应地，在当代中国法学研究中，“法治体系论”作为法学研究和理论创新的新范式，正在成为中国法治话语体系的“阿基米德支点”，期望以其来“破除长期以来困扰中国法学的‘理论落后实践’之魔咒”。¹⁶ 法治体系作为中国法治建设实践和理论成果，是中国法治国家中独特的话语表达形式，彰显了新时代的特征，在民法典体系性研究中，成为研究者自觉运用的研究范畴。

党的十八届四中全会审议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》强调，“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”，同时阐明了中国特色社会主义法治体系的基本内容。建设中国特色社会主义法治体系作为全面推进依法治国的总目标之一，由五个部分构成，即完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系、完善的党内法规体系。其中民法典的制定，从中国特色社会主义事业五位一体总体布局出发，是对如何“形成完备的法律规范体系”的一个最有代表性的有效践行过程。

党的十八大对推进中国特色社会主义事业作出经济建设、政治建设、文化建设、社会建设、生态文明建设“五位一体”的总体布局。2014年10月党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》确立了“编纂民法典”的目标。在决议的第二部分“完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系，加强宪法实施”中，强调“加强重点领域立法”，在明确“社会主义市场经济本质上是法治经济”的内容中确定了“编纂民法典”的目标。在一定意义上，“民法典既涉及法律层面的操作，也涉及政治层面的决断”。¹⁷

⁹ 温世扬：《中国民法典体系构造的“前世”与“今生”》，《东方法学》2020年第4期，第29页。

¹⁰ 石佳友：《解码法典化：基于比较法的全景式观察》，《比较法研究》2020年第4期，第14页。

¹¹ 习近平：《充分认识颁布实施民法典重大意义 依法更好保障人民合法权益》，《求是》2020年第12期。

¹² 王轶：《民法典编纂与国家治理现代化》，《中国人民大学学报》2020年第4期，第11页。

¹³ 马怀德：《民法典时代行政法的发展与完善》，乐山日报/2020年6月5日/第003版。

¹⁴ 王立明：《民法典：国家治理体系现代化的保障》，《中外法学》2020年第4期，第848页。

¹⁵ 张文显：《在新的历史起点上推进中国特色法学体系建构》，《中国社会科学》2019年第10期，第28页。

¹⁶ 张文显：《在新的历史起点上推进中国特色法学体系建构》，《中国社会科学》2019年第10期，第31页。

¹⁷ 石佳友：《解码法典化：基于比较法的全景式观察》，《比较法研究》2020年第4期，第24页。

（四）国家治理体系范畴明确了中国民法典的治理性特征

习近平总书记指出，我们的《民法典》“是一部体现对生命健康、财产安全、交易便利、生活幸福、人格尊严等各方面权利平等保护的民法典”。民法典编纂必须回应“中国之问”和“时代之问”，通过保障权利实现国家治理的内在价值。民法学者梳理了中国民法观的演进，认为《民法通则》的学理基础是“商品经济的民法观”，《民法总则》作为民法典编纂的基础和前奏，适应时代变化，《民法典》立足当下的中国之问和时代之问，适应保护人民人格权益的需要，致力于以人文关怀构建民法的价值理念，重视对人的自由和尊严的充分保障、对弱势群体的特殊关爱。¹⁸将人格权在民法典中单独成编是落实党的十九大报告精神的具体体现，也是我国民法典体系顺应时代需求而进行的重大创新，在世界民事立法史上开创了民法典编排体例的新篇章。

2012年党的十八大站在历史和全局的战略高度，对推进新时代“五位一体”总体布局作了全面部署。从经济、政治、文化、社会、生态文明五个方面，制定了新时代统筹推进“五位一体”总体布局的战略目标。在国家“五位一体”总体布局背景下，中国民法典充分体现出了治理性特征。从民法典规范内容上来看，在立法过程切实地践行了“五位一体”总体布局，未来必将对人们的生活发挥积极的效应。《民法典》将人格权单独成编，51个条文全面确认和保障生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、个人信息以及基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益。为实行最严格的生态环境保护制度，推进绿色发展，《民法典》总则编第9条规定了绿色原则，确认“民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境”。

立足新时代，民法典同时回应了智能数字化时代社会的法律需求。在从工业经济“生产大爆炸”向数字经济“交易大爆炸”转型过程中，新技术集群的颠覆式创新与发展对于现行法律制度产生巨大的冲击与突破。区块链、人工智能、大数据、5G、物联网等为代表的新技术应用的广度与深度不断拓展，社会经济生活正从“生产大爆炸”向“交易大爆炸”加快转型，各种新技术、新业态、新组织、新产业不断涌现。数据成为市场竞争的核心要素和法律客体。数据生产要素的价值实现和分配机制等，则需要经济法、社会法、行政法、刑法、诉讼法等各类法律体系的全面保护和规制，工业时代的法律规制体系和原理有待重构。¹⁹

从国家治理的角度看，民法典具有的基础规范性地位，充分贯彻了国家的治理逻辑。民法典以私法规范彰显自治的治理理念、通过保障权利实现国家治理的内在价值、建构了政府治理的法律秩序、以良法夯实国家善治的制度基础。²⁰

二、民法典体系性研究方法论自觉中思维方式上的转向

对民法典体系性研究过程中，学者们自觉围绕上述四个范畴展开相应研究，在思维方式上表现出从世界到中国，从形式到价值，从一般性到特殊性，从规范到治理这样四个方面的转向。

（一）从世界法律体系到中国法律体系

“世界法律体系”是比较法上一个重要的范畴，“对于任何一个比较法学家来说，考察、认识和研究人类社会法律或世界各国法律制度的起点必然是世界法律体系，用比较法学的语言说就是法系。”²¹比较法学上的法律体系范畴是基于对世界法律秩序划分的目的而提出的，可以与通常所说的法系划等号。“法系这一术语并不是指一系列关于合同、公司或者犯罪的法律规范，尽管从某种意义上说这些规范都是法系在某一方面表现形式，准确地说，法系是关于法的性质，法在社会和政治中的地位，法律制度的实施及其相应的机构，法律的制定，适用，研究完善和教育的方法等等一整套根深蒂固的并为历史条件所限制的理论”。²²

从世界法律体系的视角来审视民法典的体系问题，实际上也是从文化的视角来审视民法典的体系。研究者从世界法律体系的角度对民法典的体系进行溯源，在一定程度上取得了采用潘德克顿编纂体系的共识，并对这一编纂体系特征与衍化进行分析，²³并在此基础上对中国民法典进行体系性研究。

中国民法典在采用潘德克顿编纂体系的同时更是进行了中国问题的回应，在规范性特征上体现出了中国法律体系的自主性。“由于采用潘德克顿编纂体系，我国民法全部法律规范区分为总则编和分则编，需要明确总则编对各民法规范的体系统辖作用，同时注意共同性规则、一般性规则和但书条款各自的不同功能。”²⁴针对中国民事立法的特有情形，中国民法典应注重于体系内的总则性规定与细节性规定的协调问题。在总则编已经将问题解决的情况下，如果仍只看民法上的细节性的规定，而忽视总则性的规定，无论在法理上还是司法实践上都是说不通的。²⁵

（二）从民法典的形式体系到价值体系

民法典体系性研究也是一个从内容到实质的过程。研究者从不同角度对民法典的体系构成以及基本体系逻辑进行了归纳概括。就民法典的形式和内容而言，认为体系性科学逻辑有这样几个方面需要特别注

¹⁸ 王轶：《民法典编纂与国家治理现代化》，《中国人民大学学报》2020年第4期，第13页。

¹⁹ 参见杨东：《民法典开启构建数字经济法律体系新时代》，《检察日报》2020年7月9日/第003版。

²⁰ 郭洁、佟彤：《民法典推进国家治理现代化的法理阐释》，《政法论坛》2020年第4期，第29-40页。

²¹ 米键等：《当今与未来世界法律体系》，法律出版社2010年版，序言第1页。

²² 【美】约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，顾培东等译，法律出版社2004年版，第2页。

²³ 孙宪忠：《论民法典贯彻体系性科学逻辑的几个要点》，《东方法学》2020年第4期，第20页。

²⁴ 孙宪忠：《论民法典贯彻体系性科学逻辑的几个要点》，《东方法学》2020年第4期，第18页。

²⁵ 参见孙宪忠：《论民法典贯彻体系性科学逻辑的几个要点》，《东方法学》2020年第4期，23页。

意：“第一，要认识到民法典必须是要有体系的，在学说汇纂和法学阶梯的两种模式之间，我们选择了潘德克顿体系，也就是学说汇纂体系；第二，民法典总则编要起到统辖作用，需要特别注意总则编的共同条款和一般条款；第三，在财产法部分，我们采取了区分原则，从法律效力和法律根据上来区分物权和债权；第四，讨论了人身权中身份权部分的一些创新规定；第五，讨论了人格权相关问题，肯定了人格权独立成编的立法价值，同时否定了人格权转让这一说法。”²⁶ 王立明教授从民法典本身出发对民法典体系进行了概括，认为“民法典体系包括形式体系（外在体系）和价值体系（内在体系）两方面，形式体系是指民法典的各编以及各编的制度、规则体系，价值体系是指贯穿于民法典的基本价值，包括民法的价值、原则等内容”。²⁷ 这在一定程度上标志着部门法研究的一种取向，从形式体系到价值体系的思考已经成为一种大趋势。

2018年中共中央印发了《社会主义核心价值观融入法治建设立法修法规划》，推动社会主义核心价值观入法入规必须遵循的原则是：坚持党的领导，坚持价值引领，坚持立法为民，坚持问题导向，坚持统筹推进。价值引领在民法典中得到了更为充分的贯彻和落实。

（三）从民法体系的一般性到中国民法典体系的特殊性

2014年十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出了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总目标。法治体系是中国特色社会主义法治建设的创新，体现了中国特色。在研究领域学者们自觉地进行了从法律体系范畴到法治体系范畴的转换，在本质上这是一种思维方式的转换，²⁸ 更能充分体现出从民法典的普遍体系问题到中国民法典体系的特别之处。“解决民法典庞大的规范和制度群之间的体系逻辑问题，指出总则与分则之间分工合作、统辖遵从的逻辑关系，提出以总则编作为民法典整体的思想基础、规则效力基础、法理解读科学性基础，是理解民法典体系的关键。”²⁹ “法治体系是一个动态的体系，它将法律从产生到实现的全过程概括了进去，是一个动态的、立体的构造；而法律体系主要的还是一个静态的体系，它主要的指向了国家法律规范体系结构。”³⁰ 民法作为国家治理所依赖的基础性法律，因其作用范围极广而包含着庞大的规范和制度群落，法律体系内涵和外延已经远远不能满足对民法典进行全面研究的需要，从法律体系范畴到法治体系范畴的转换，既满足了研究的需要，也能更好地认识民法典在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总目标中的体系性地位和作用，这也是中国民法典体系的最为特殊的一个方面——处于中国特色社会主义法治体系中的民法典。

（四）从规范体系到国家治理体系

2019年《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》出台，标志着国家管理体制实现了由管制型向治理型的现代化跃升。

在推进国家治理体系和治理能力现代化的背景下，民法典的使命担当进入到了一个更高的层面。在思维方式上，对民法典的研究从规范体系上升到国家治理体系的层面。对此学者们从不同角度进行了阐释，认为民法典历来不是一个单纯的技术性法律文本，而是一个国家进行社会重构的决定性文本。“民法典并不仅仅是权利的宣言，它更是国家治理的基本遵循和依靠”。“我们一定要从国家治理的实际效用的角度来理解民法典的编纂和实施，尤其是要从当前我国国家治理能力现代化的角度来理解这部伟大法典的重要意义”。³¹ “未来《民法典》的实施将继续履行国家治理模式转型过程中进行制度表达的政治使命”。³²

民法典颁布实施将进一步加强国家治理、政府治理、社会治理，将制度优势更好地转化为国家治理效能，有效提升国家治理能力现代化水平。“民法典的体系整合、缺陷弥补和矛盾消除，解决了数十年来一直存在的一系列立法、执法和司法问题，从立法基础的角度完善了国家治理者的法律支持基础，也提升了治理者的能力优化和法律支持力度。”有的学者从国家治理体系对《民法典》进行定位，认为其是国家治理体系与治理能力现代化的集中表达，将已有的民事法律规范进行了系统整合，建构起对社会生活“全方位”的规制体系，同时推进新时代的“社会之治”，为社会治理提供了有益的思路。³³ 有的学者从我国民事立法演进与国家治理进程的深层次互动关系出发，认为《民法典》编纂是国家治理现代化转型在法治领域的具体投射，《民法典》释放的体系效益提升了国家治理制度的形式理性。³⁴

²⁶ 孙宪忠：《论民法典贯彻体系性科学逻辑的几个要点》，《东方法学》2020年第4期，第28页。

²⁷ 王利明：《体系创新：中国民法典的特色与贡献》，《比较法研究》2020年第4期，第1页。

²⁸ 刘作翔教授针对“法律体系向法治体系转变”这个命题进行了批判式思考，认为这两者虽然有一些区别，但是一种相互包含关系，即法治体系包括了法律体系而不是一种超越关系。参见刘作翔：《回归常识：对法理学若干重要概念和命题的反思》，《比较法研究》2020年第2期，第108至119页。

²⁹ 孙宪忠：《民法典是对国家治理体系和治理能力现代化的重要提升》，《中国法律评论》2020年第3期，第002页；参见孙宪忠：《中国民法典总则与分则之间的统辖遵从关系》，《法学研究》2020年第3期，第20页。

³⁰ 刘作翔：《回归常识：对法理学若干重要概念和命题的反思》，《比较法研究》2020年第2期，第108至119页。

³¹ 孙宪忠：《民法典是对国家治理体系和治理能力现代化的重要提升》，《中国法律评论》2020年第3期，第001页。

³² 参见郭洁、佟彤：《民法典推进国家治理现代化的法理阐释》，《政法论坛》2020年第4期，第39页。

³³ 参见沈协：《民法典：国家治理体系与治理能力现代化的集中表达》，厦门日报/2020年7月31日/第A03版。

³⁴ 参见郭洁、佟彤：《民法典推进国家治理现代化的法理阐释》，《政法论坛》2020年第4期，第29页。

三、民法典体系性研究方法论自觉的内在机理及问题

在理论上构建中国特色法学知识体系和话语体系，法律学人的使命担当任重而道远。围绕民法典的体系性在研究上表现出的方法论自觉，展示出了中国学者的学术担当和研究魄力，是构建中国特色法学知识体系和话语体系的理论践行。民法典体系性研究已经成为了一种普遍的学术现象。民法典体系性研究中的方法论问题并不是横空出世的，具有一定的机理可寻，在这个过程中也透视出相应的问题。

（一）从本体论经由认识论到方法论的认识过程

方法论是指人们认识世界、改造世界的一般方法，是人们用什么样的方式、方法来观察事物和处理问题。民法典体系性研究中的方法论自觉，是研究者经历了对民法典体系的本体论、认识论层面的问题研究后的一种研究自觉。就民法典体系而言，本体论研究解决了“是什么”的内容和基础的问题，比如明确了基本的体系构造和内容；认识论研究解决的是“如何认识”的问题，表现出对方法和路径的寻求；方法论研究是对方法和认识路径的再审视，具有更多反思的成分。

对方法的寻求在目的上无外乎要使相应的研究获得一定的独创性。笛卡尔曾说过，“我所期望的并不是教给每个人为了指导其理性而应采取的方法，而只是告诉人们我是通过什么方式来努力指导自己的理性”。³⁵在教科书上，通常将方法论界定为“人们运用一定的世界观来认识世界和改造世界的根本原则和根本方法”，在使用中普通人通常将方法论与方法相混同。这里所说的方法论更多时候象征着某种思维方式，其目的是提升人们解决问题的能力。方法论一般不能直接解决具体问题，只能提供一套找到解决方案的思路，最终是通过方法论和具体问题的结合产生出解决方案，即通常所说的方法。

（二）民法典体系性研究透视出中国学者的使命担当

新中国成立70年来的中国法学和法治的独立话语体系正在生成中，如何寻求法治体系建构的本土性、当代中国法学知识体系与法治体系的契合性、中国法学知识生产中的“特色学说”与“普遍学理”之间的关系、全球化背景下中国法学知识体系、话语体系和法治体系的建构等问题已经成为时代命题，民法典体系性研究中的方法论自觉恰恰体现了研究者时代使命担当的自觉。从当前的研究中可以看到，法系、法律体系、法治体系、国家治理体系作为四个重要的研究范畴，已经为研究者自觉不自觉地研究民法典体系问题时加以运用，但其中也存在一定的问题，比如在解读宣传民法典的过程中存在相关范畴的边界含混不清的现象，不利于相关知识体系的形成和发展。为更好地发挥学者们在知识论方面的担当，对基本范畴问题应当采取更为严谨的态度。

（三）方法论自觉中需要注意的问题

民法典时代并不是因民法典的颁布和实施而一劳永逸的，面向未来的体系性研究依然任重道远。“《民法典》应采取何种体系架构，在制定过程中曾引发重大争议。因《民法典》出台，其体系架构已一锤定音，但立法决策对争议所作的决断是民主程序之结果。民主程序一定程度上具有价值中立、形式化特征，因此，法典化之后，上述体系争议的价值并未消弭。”³⁶在面向未来的体系性研究中有这样几个问题需要注意。

一是对基本范畴运用过程中，不能仅仅充当概念和范畴的搬运工，而应当充分了解每一个范畴在特定学科领域中最新成果和通常涵义，不能望文生义。比如有的学者将法律主体、法律客体和法律关系等内容用现行法律体系的概念来涵盖，这显然会带来理解上的误区。以学者们常使用的“法律体系”这个范畴为例，通常研究者会在广义和狭义两个范围内使用这个概念，比较法学家们也进行较为明确的阐释。从广义上讲，法律体系被界定为许多具有广泛相似的法律制度的国家所共有的法律哲学和方法。广义的含义实际上是在描述主要法律家族例如普通法体系和大陆法律体系。³⁷广义的法律体系相当于我们通常所说的法系。从狭义上讲，法律体系可以界定为一国的法律规则和制度³⁸，相当于一个国家的法律部门结构。法律体系在理论上的广义与狭义的内涵似乎还没能说明现实中的全部问题。在理论内涵上还可以有一个中义的法律体系。这个中义上的法律体系的概念，它不仅包括一个国家的法，而且包括法在实际生活中的运作、法律实践、这个国家的法律文化传统、占主导地位的法律意识、法律职业、法律角色等，它将一个国家法律现实的一切基本因素统一地、相互联系的概括起来，形成一个有机联系的整体。³⁹中义的法律体系相当于我们通常所说的法制。

二是注意各种体系范畴之间的有机关系，并不是非此即彼，而是亦此亦彼立足于中国的时代精神和特征。对法理的寻求正成为当代中国法学研究中的一个热点问题，对于“什么是法理”研究者的共识认识正处于生成中。“虽然近年来我国法律界尤其是民法学界的知识体系有很大进步，但是轻视法学基本原理、轻视民法知识的体系性与科学性的弊端一直还在，计划经济体制和自然经济条件下的法学观念未能得到彻底清理，那种自设前提、自我演绎、自圆其说的观点仍然存在，这些情况在民法典编纂过程中暴露无遗。”⁴⁰面对相类似的现象和问题更应当全面地思考和运用常识性的知识。

³⁵ 转引自[日]大木雅夫：《比较法》，范愉译，法律出版社2006年版，第81页。

³⁶ 金可可：《法典化表征民法外部体系初步形成》，社会科学报/2020年/6月/18日/第003版。

³⁷ 转引自米键等：《当今与未来世界法律体系》，法律出版社2010年版，第2页。

³⁸ 米键等：《当今与未来世界法律体系》，法律出版社2010年版，第1页。

³⁹ 参见朱景文：《比较法总论》，中国人民大学出版社2004年版，第84页。

⁴⁰ 孙宪忠：《中国民法典总则与分则之间的统辖遵从关系》，《法学研究》2020年第3期，第21页。

三是四个范畴的运用多是从民法典的内容体系出发，并没有充分将内外视角进行有机的结合。比如不仅对形式体系进行研究，还应当从各个范畴的角度对民法典所内涵的价值体系有更深入的研究。再比如，在有学者的相关论述中，对四个范畴没有进行必要的区分与说明，容易给相关受众带来常识认识上的偏差。

结语

透过民法典体系性研究这一学术现象我们看到，学术研究者承载着构建中国特色法学知识体系和话语体系的时代使命。法系、法律体系、法治体系、国家治理体系成为解读和宣传民法典的多元方式和基本维度。法系范畴的透视，体现的是民法典在历史长河中凝结而成的中华精神文化特征；通过法律体系范畴的透视，体现的是民法典在一国之内中国特色社会主义法律的规范性特征；通过法治体系范畴的透视，体现了民法典中国法治建设创新的时代性特征；通过国家治理体系范畴的透视，体现的是中国国家治理的总体性特征，在国家治理体系现代化的进程中，民法典承载着民族精神和时代使命，具有不可替代的地位和作用。在多维透视过程中，研究者自觉实现了思维方式的转换，表现出从世界到中国，从形式到价值，从一般性到特殊性，从规范到治理的四个方面，这种转换透视出民法典的体系性研究从本体论经由认识论到方法论的自觉和中国研究者使命担当的自觉，也透露出当前民法典体系性研究中方法论自觉需要注意的问题。面向未来，民法典时代的理论研究者任重而道远。

《民法典婚姻家庭编》：价值·创新·适用

Раздел о браке и семье в Гражданском кодексе: ценности, инновации, применимость

Section on marriage and family in the Civil Code: values, innovations, applicability

王歌雅*

黑龙江大学民商法学研究中心 哈尔滨 150080

pangdongmei71@163.com

Ван Гзя*

профессор, научный руководитель докторантуры
юридического факультета Хэйлунцзянского университета,
заместитель председателяНаучной ассоциации по закону о браке и семье
при Китайской ассоциации юриспруденции, КНР
pangdongmei71@163.com

Van Gaya,

Professor, Research Supervisor of the Doctoral Program
at the Faculty of Law of Heilongjiang University,
Deputy Chairman of the Scientific Association on Marriage
and Family Law under the Chinese Association of Jurisprudence, China
pangdongmei71@163.com

© Ван Гзя, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.043-051

摘要：2020年5月28日，《中华人民共和国民法典》（简称《民法典》）经十三届全国人民代表大会三次会议审议通过。婚姻家庭编是《民法典》中的第五编，共5章79条，即一般规定、结婚、家庭关系、离婚、收养。《民法典》婚姻家庭编的价值定位，体现在一般规定中。即“婚姻家庭受法律保护。实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。保护妇女、未成年人、老年人、残疾人的合法权益。”“家庭应当树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设。”

《民法典》婚姻家庭编的编纂，彰显了保障民众婚姻家庭权益、引导婚姻家庭发展方向、规范婚姻家庭关系的立法理念。其制度创新体现在五方面：一是亲属制度的增加。《民法典》第1045条规定：“亲属包括配偶、血亲和姻亲。配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属。配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员。”二是结婚制度的完善。即结婚禁止条件的删改---删除了“患有医学上认为不应当结婚的疾病”的原规定；婚姻效力制度的修改---删减了婚姻无效的法定情形，增加了婚姻撤销的法定情形；结婚救济制度的确立---婚姻无效或者被撤销的无过错当事人有权请求损害赔偿。三是家庭关系的充实。家庭关系包括夫妻关系、父母子女关系和其他近亲属关系。夫妻关系立法完善有三：规定了夫妻的日常家事代理权、夫妻共同债务的认定标准、婚内分割夫妻共同财产的请求权。亲子关系立法完善有二：明确了亲子关系确认与否认制度、子女姓氏确定的原则。四是离婚制度的修改。离婚制度传承了我国离婚立法的基本理念---保障离婚自由，反对轻率离婚；彰显了性别平等的离婚救济宗旨---维护离婚权益，保障女性利益。其修改有三：一是离婚条件的修改。登记离婚条件的修改，表现为离婚冷静期的界定；诉讼离婚条件的修改，表现为法定离婚情形的增补。二是离婚父母抚养子女原则的确立。三是离婚救济制度的完善。即延展了家务贡献补偿制度的适用范围；修复了离婚经济帮助制度；完善了离婚损害赔偿制度的适用情形。五是收养制度的增补。收养条件的补

* 王歌雅：黑龙江大学法学院教授、博士生导师，中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长，主要从事民事权利、婚姻家庭法、继承法、性别与法律等研究。

基金项目：本文系国家社会科学基金项目《民法典·婚姻家庭编》的价值定位与制度建设研究”（18BFX185）阶段性研究成果。

This article is the result of a step-by-step study of the National Endowment for the Humanities of China Project on the topic: Positioning of value and the systematic construction of the Section on Marriage and the Family in the Civil Code (No. 18bfx185).

益包括：放宽了被收养人的年龄，细化了收养人的条件，优化了无配偶者收养异性子女的限制；收养程序的完善，要求成立收养关系时，“县级以上人民政府民政部门应当依法进行收养评估。”

《民法典》已于2021年1月1日起实施。为配合《民法典》实施，2020年12月29日，最高人民法院发布了《关于适用婚姻家庭编的解释（一）》，该解释分为一般规定、结婚、夫妻关系、父母子女关系、离婚、附则六部分，共计91条；明确了《民法典》婚姻家庭编的适用情形及适用效力。《民法典》婚姻家庭编的实施，将引领婚姻家庭建设的新风气、新风范，并将为平等、和谐、文明的婚姻家庭关系提供法律规范与行为指南。

关键词：《民法典》 婚姻家庭编 制度创新 价值追求 适用关注

Abstract. On May 28, 2020, at the third session of the National People's Congress (NPC) of the 13th convocation, the "Civil Code of the People's Republic of China" (hereinafter referred to as the Civil Code) was considered and adopted. The section "Marriage and family" is the fifth part of the "Civil Code", consisting of five chapters, a total of 79 articles, including general provisions, marriage, family relations, divorce and adoption. The value positioning of the section on marriage and family in the Civil Code is reflected in the general provisions. That is, "marriage and family are protected by law." "Institutions of freedom of marriage, monogamy and equality between men and women should be introduced in order to protect the legitimate rights and interests of women, minors, the elderly and the disabled." and "The best family traditions should be established in the family, family virtues should be promoted and the formation of family culture should be appreciated."

The editing of the Section on "Marriage and Family" in the Civil Code demonstrates the legislative concept of protecting the rights and interests of marriage and family for common citizens, guiding the development of marriage and family, and regulating marriage and family relations. System innovation is reflected in the following five aspects:

First: The addition of an institute about peers. Article No. 1045 in the Civil Code states: The number of relatives includes spouses, blood relatives and relatives. Spouses, parents, children, brothers and sisters, grandparents, grandparents on the mother's side, grandchildren and grandchildren are part of close relatives. Spouses, parents, children and other close relatives living together are considered family members.

Secondly: Improving the institution of marriage. That is, the removal and modification of the conditions of the prohibition of marriage: The former provision is excluded — "To suffer from medically recognized diseases for which one should not marry"; To amend the institution of the legal force of marriage: the exclusion and reduction of the established circumstances of the invalidity of marriage and the increase of the established circumstances of the dissolution of marriage; The creation of the institution of marriage assistance: in the conditions of the invalidity or dissolution of marriage, a person who has no fault has the right to sue for damages.

Third: The addition of family relations. Family relations include marital relations, relations between parents and children, and relations between other close relatives. The improvement of the legislation of marital relations is reflected in the following three aspects: the establishment of the right to daily representation of married couples in family affairs, the criteria for approving the joint debt of the spouses, the right to file a claim for the division of the joint property of the spouses in marriage. The improvement of the legislation on the relationship between parents and children is reflected in two aspects: the definition of the institution of confirmation and denial of parents, and the rules on determining the child's surname.

Fourth: Changing the institution of divorce. This institute continues the main concept of the divorce legislation of the People's Republic of China — to ensure freedom of divorce and against frivolous divorce; To demonstrate the main goal of assistance in divorce on sexual equality — to protect the rights and interests of divorce and to ensure the interests of women.

The change in this regard includes three aspects: First, the change in the terms of the divorce. The change in the conditions for registering a divorce is reflected in the definition of the sober period of divorce. A change in the conditions of the divorce process, this manifests itself as an addition to the circumstances of the divorce established by law. Secondly, the establishment of a rule on the upbringing of children by divorced parents. Thirdly, the improvement of the institution of assistance in divorce. In this context, we mean expanding the scope of the institute of compensation for contributions to housework, restoring the institute of financial assistance in divorce, improving the application of the institute of compensation for damage in divorce.

Fifth: The addition of the Institute of Adoption. To supplement and improve the conditions of adoption include: expanding the age of the adopted person, clarifying the conditions of the adopted person,

optimizing the restrictions on the adoption of children of the opposite sex by persons without spouses, performing the adoption procedure, in the case when establishing an adoption relationship, it is required that the civil affairs departments of the people's governments at the county level and the highest state bodies conduct an assessment of adoption in accordance with the law.

The "Civil Code" came into force on January 1, 2021. In order to promote the implementation of the "Civil Code", on December 29, 2020, the Supreme People's Court published No. 1 explanation "On the application of the Section on Marriage and Family in the Civil Code of the People's Republic of China", this explanation is divided into six parts: general provisions, marriage, relations between spouses, relations between parents and children, divorce, appendix, a total of 91 articles, it clarified the circumstances of the application and validity of the Section on "Marriage and Family" in the Civil Code. The entry into force of the Section on "Marriage and Family" in the Civil Code will create a new mentality of creating marriage and family, and provide normative acts and guiding behavior for equal, harmonious and civilized relations between marriage and family.

Keywords: Civil Code, Section on marriage and family, institutional innovation, striving for value, attention to applicability in judicial practice.

2020年5月28日,《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)经十三届全国人民代表大会三次会议审议通过。《民法典》被誉为“社会生活的百科全书”,法制建设的里程碑。婚姻家庭编是《民法典》中的第五编,共5章79条,即一般规定、结婚、家庭关系、离婚、收养。《民法典》婚姻家庭编被誉为民众维护婚姻家庭权益的助力器,社会综合治理的压舱石。

一、价值定位

《民法典》婚姻家庭编是以调整身份关系为特质的一编,其调整的财产关系以身份关系为基础,遵循无身份关系即无财产关系的理论逻辑与立法理念。婚姻家庭编调整对象的身份特质与伦理特质,使《民法典》尽显人文关怀与心灵观照的伦理意蕴,实现了人身性与财产性的有机统一。

《民法典》婚姻家庭编的价值定位,集中体现在一般规定中。即“婚姻家庭受法律保护。实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。保护妇女、未成年人、老年人、残疾人的合法权益。”¹该规定体现出婚姻家庭立法价值的传承性与发展性。

(一) 婚姻家庭立法价值的传承

婚姻家庭立法价值的传承,²经历了四个发展阶段:一是价值确立。1950年《婚姻法》的制定,标志着婚姻家庭立法价值的确立。即“废除包办强迫、男尊女卑、漠视子女利益的封建主义的婚姻制度。实行男女婚姻自由、一夫一妻、男女权利平等、保护妇女和子女合法利益的新民主主义婚姻制度。”³二是价值发展。1980年《婚姻法》的颁布,预示着婚姻家庭立法价值的发展。即“实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。保护妇女、儿童和老人的合法权益。实行计划生育。”⁴三是价值延展。2001年《婚姻法》修正案的颁行,完成了婚姻家庭立法价值的延展。即“夫妻应当互相忠实、互相尊重;家庭成员间应当敬老爱幼,互相帮助,维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。”⁵四是价值深化。《民法典》婚姻家庭编的编纂与颁行,使前述立法价值得以深化。即基于国家人口政策的调整而删除“实行计划生育”的原则外,其他立法价值均得以传承,从而实现了婚姻家庭立法价值的确立、发展、延展与深化。

(二) 婚姻家庭立法价值的发展

婚姻家庭立法价值的发展,体现在四方面:一是秉持了《宪法》原则---“婚姻家庭受国家保护”。⁶该原则的引入,既是《宪法》原则---“婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护”⁷在《民法典》婚姻家庭编中的具体化,也是对国际公约的承诺与践履。习近平总书记指出:“无论时代如何变化,无论经济社会如何发展,对一个社会来说,家庭的生活依托都不可替代,家庭的社会功能都不可替代,家庭的文明作用都不可替代。”⁸《经济、社会及文化权利国际公约》第10条1项规定:“本公约缔约各国承认:对作为社会的自然和基本的单元的家庭,特别是对于它建立和当它负责照顾和教育未独立的儿童时,应给以尽可能广的保护和协助。

¹ 《民法典》第1041条。

² 1949年10月1日,中华人民共和国成立后,颁布了两部《中华人民共和国婚姻法》(简称《婚姻法》),即1950年《婚姻法》和1980年《婚姻法》。2001年,曾颁行《婚姻法》修正案。在长达七十多年的婚姻家庭立法进程中,《婚姻法》以单行法的形式予以立法,传承和发展了婚姻家庭立法的理念与宗旨,实现了婚姻家庭立法理念的改革与实践,引领了婚姻家庭观念的新气象、新风气。

³ 1950年《婚姻法》第1条。

⁴ 1980年《婚姻法》第2条。

⁵ 2001年《婚姻法》修正案第4条。

⁶ 《民法典》第1041条第1款。

⁷ 《中华人民共和国宪法》(简称《宪法》)第49条。

⁸ 《习近平谈家风建设》,载《人民网---人民日报》(海外版)2020年7月22日。

缔婚必须经男女双方自由同意。”婚姻家庭受国家保护，既是婚姻家庭的属性与功能使然，也是国家的义务与责任。二是增加了残疾人合法权益保护原则。⁹《婚姻法》有关特殊群体的权益保障，经历了由少到多、由局部到全面的保护进程。1950年《婚姻法》注重保护妇女和子女的合法利益；1980年《婚姻法》在保护妇女、儿童合法权益的基础上，增加了老人合法权益的保护；《民法典》婚姻家庭编则在保护妇女、未成年人、老年人合法权益的基础上，增加了对残疾人合法权益的保护。至此，婚姻家庭立法完成了对特殊群体---妇女、未成年人、老年人、残疾人的多层面、宽口径的权益保护，实现了我国《宪法》规范的具体化---“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯”，¹⁰实现了《民法典》与《中华人民共和国残疾人保障法》的有机衔接。三是增加了优良家风、家庭美德与家庭文明建设原则---“家庭应当树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设。”¹¹中华民族历来重视家庭、家教、家风。“家风是社会风气的重要组成部分。”“家风好，就能家道兴盛、和顺美满”。¹²家庭美德是推动家庭文明建设和社会文明发展的重要力量。¹³“要发扬中华民族孝亲敬老的传统美德，引导人们自觉承担家庭责任、树立良好家风，强化家庭成员赡养、扶养老年人的责任意识，促进家庭老少和顺。”¹⁴家庭文明包括物质文明、精神文明与法治文明，家庭文明建设包括家庭成员的人身关系文明和财产关系文明建设。¹⁵家庭文明建设，有助于创建平等、和睦、文明的婚姻家庭关系，促进家庭的和谐与稳定。四是增加了收养原则。即“收养应当遵循最有利于被收养人的原则，保障被收养人和收养人的合法权益。禁止借收养名义买卖未成年人。”¹⁶该原则兼顾了收养人与被收养人的双重利益，体现了未成年人利益最佳化的收养理念，有利于收养秩序的和谐与稳定。

二、制度创新

《民法典》婚姻家庭编的编纂，以2001年《婚姻法》修正案、《收养法》的制度设计、规范表达为基础；吸纳了切实可行的《婚姻法》司法解释；融合了法学、立法、司法等法律职业共同体的最新研究成果与立法智慧；彰显了保障民众婚姻家庭权益、引导婚姻家庭发展方向、规范婚姻家庭关系的立法理念。

（一）亲属制度的增加

亲属制度是婚姻家庭制度的重要组成部分，是婚姻家庭立法的基础与前提。¹⁷亲属关系是婚姻家庭关系的重要内涵。协调亲属关系、确立亲属制度，是《民法典》婚姻家庭编编纂的重要议题。

填补亲属制度的立法空白，是立法界、司法界、学术界共同关注的议题。无论是1950年《婚姻法》，还是1980年《婚姻法》，均未规定亲属制度。2001年《婚姻法》修正时，虽有规定亲属制度的立法建议，但因“宜粗不宜细”立法原则的影响，填补立法空白的愿望未能实现。《民法典》婚姻家庭编的编纂，担负起填补立法空白的时代重任，对亲属制度进行了框架性和基础性的规定，实现了我国婚姻家庭立法关于亲属立法“零”的突破。《民法典》第1045条关于亲属制度的基本规范体现在三方面：一是明确了亲属的种类。“亲属包括配偶、血亲和姻亲。”¹⁸二是界定了近亲属的范围和种类。“配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女”。¹⁹三是规定了家庭成员的范围。“配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员。”²⁰

《民法典》婚姻家庭编有关亲属制度的规定，体现出对婚姻家庭法理的遵循及对当下民俗生活习惯的认同，体现出亲属伦理---夫妻伦理、亲子伦理、祖孙伦理、兄弟姐妹伦理、其他亲属伦理的内涵与规范，吻合当下“以核心家庭为主、以三代同堂家庭为辅”的家庭结构模式，为结婚制度、家庭关系、离婚制度、收养制度、监护制度的立法逻辑展开与规范设计奠定了立法基础。恩格斯指出：“父母、子女、兄弟、姊妹等称谓，并不是简单的荣誉称号，而是一种负有完全确定的、异常郑重的相互义务的称呼，这些义务的总和便构成这些民族的社会制度的实质部分。”²¹

亲属制度具有亲属伦理、身份伦理的涵摄功能。为明晰亲属之间的权利和义务，协调亲属之间的人身关系和财产关系，《民法典》婚姻家庭编将亲属制度规定在第一章“一般规定”中，有助于其发挥规范亲属关系的制度功能，并为亲属关系的和谐与稳定、亲属伦理的传承与延展奠定规范基础。

⁹ 《民法典》第1041条第3款。

¹⁰ 《宪法》第38条。

¹¹ 《民法典》第1034条第1款。

¹² 习近平：《在会见第一届全国文明家庭代表时的讲话》，2016年12月12日。

¹³ 王歌雅：《民法典婚姻家庭编的价值阐释与制度修》，载《东方法学》2020年第4期，第173页。

¹⁴ 习近平：《在深度贫困地区脱贫攻坚座谈会上的讲话》，2017年6月23日。

¹⁵ 王歌雅：《民法典婚姻家庭编的价值阐释与制度修》，载《东方法学》2020年第4期，第173页。

¹⁶ 《民法典》第1044条。

¹⁷ 王歌雅：《中国现代婚姻家庭立法研究》，黑龙江人民出版社2004年版，第321页。

¹⁸ 《民法典》第1045条第1款。

¹⁹ 《民法典》第1045条第2款。

²⁰ 《民法典》第1045条第3款。

²¹ 《马克思恩格斯全集》第21卷，人民出版社1966年版，第39页。

（二）结婚制度的完善

结婚制度规定于《民法典》婚姻家庭编中的第二章，共计9条。与2001年《婚姻法》修正案相比，结婚制度的完善体现在三方面：

1. 结婚禁止条件的删改

为尊重民众的结婚自由权，《民法典》婚姻家庭编删除了《婚姻法》第7条---“患有医学上认为不应当结婚的疾病”这一禁止结婚的规定。删改意义有二：一是拓展了结婚自由边界。患有特定疾病尤其是重大疾病主体享有结婚自由权，彰显了《民法典》婚姻家庭编对民事主体结婚自由权的尊重与保障。二是体现了结婚自由意志。患有疾病尤其是重大疾病的民事主体是否结婚以及与谁结婚，完全听凭当事人自愿。而将是否承受因重大疾病可能引发健康风险的结婚选择权交由当事人自主行使，是为尊重民众的结婚自由意志。²²而适当缓解法律父爱主义的立法情结，尊重结婚主体的自由意志，有助于建构理性、负责、自主、诚信的结婚观，推动结婚救济制度的完善。

2. 婚姻效力制度的修改

婚姻效力制度包括婚姻无效、婚姻撤销制度。《民法典》婚姻家庭编对婚姻效力制度的修改体现在两方面：一是删减了婚姻无效的法定情形。基于《民法典》婚姻家庭编关于结婚禁止条件的删改，婚姻无效的法定情形则由《婚姻法》中的四项²³缩减为三项。即“有下列情形之一的，婚姻无效：（一）重婚；（二）有禁止结婚的亲属关系；（三）未到法定婚龄。”²⁴上述婚姻无效的法定情形与《民法典》婚姻家庭编有关结婚的必备条件、禁止条件的规定相统一，体现出对法定结婚条件的遵循，符合婚姻家庭立法价值定位---实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。二是增加了婚姻撤销的法定情形。《婚姻法》第11条关于可撤销婚姻的法定情形仅规定一项，即胁迫结婚的，被胁迫方可以依法请求撤销婚姻。《民法典》第1053条则规定了欺诈情形，也称重大疾病告知义务。即“一方患有重大疾病的，应当在结婚登记前如实告知另一方；不如实告知的，另一方可以向人民法院请求撤销婚姻。请求撤销婚姻的，应当自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内提出。”可撤销婚姻情形的增加，提升了结婚的诚信要求，有助于避免结婚主体的欺诈行为，实现结婚当事人的完全自愿。

3. 结婚救济制度的确立

结婚救济制度的确立，体现为对婚姻无效或者被撤销的无过错当事人的权益救济。《民法典》第1054条第2款规定：“婚姻无效或者被撤销的，无过错方有权请求损害赔偿。”其立法价值有三：一是确立了结婚救济制度，实现了对违法婚姻的干预。即在贯彻结婚自由原则的同时，实现了对无过错方结婚权益的保障，彰显了结婚领域的侵权救济观念与公平正义价值。因为有害救济即有救济。二是填补了结婚救济制度的立法空白，实现了结婚立法的严谨与科学。三是结婚救济制度与离婚救济制度紧密配合，共同建构了婚姻救济制度体系，实现了婚姻家庭立法的制度衔接与价值共融，有助于维护民众的婚姻权益。

（三）家庭关系的充实

家庭关系规定于《民法典》婚姻家庭编中的第三章，内设夫妻关系、父母子女关系和其他近亲属关系两节。夫妻关系一节共计12条；父母子女关系和其他近亲属关系一节共计8条。“家庭关系以夫妻关系为基础，以亲子关系为核心，以其他亲属关系为辅助。完善家庭关系规范，有助于协调家庭成员的人身关系和财产关系，维护交易秩序。”²⁵

1. 夫妻关系立法完善

完善夫妻关系立法，是《民法典》婚姻家庭编编纂的任务之一。能否回应民众维护夫妻的人身权益、财产权益的诉求，是评价《民法典》编纂质量的重要一环。为应对夫妻纠纷解决的现实需要，《民法典》婚姻家庭编对夫妻关系立法进行了增补：

（1）规定了夫妻的日常家事代理权。即“夫妻一方因家庭日常生活需要而实施的民事法律行为，对夫妻双方发生效力，但是夫妻一方与相对人另有约定的除外。夫妻之间对一方可以实施的民事法律行为范围的限制，不得对抗善意相对人。”²⁶其立法意义有三：一是确立了家事代理权，填补了婚姻家庭立法未规定家事代理权的立法空白。二是明确了家事代理权的内涵，体现出夫妻平权、共享权利、共担责任的立法理念。三是回应了家事代理纠纷解决的现实需要，彰显了契约精神与诚信风范，维护了婚姻当事人及第三人的财产权益，促进了交易安全。

（2）规定了夫妻共同债务的认定标准。根据《民法典》第1064条规定，夫妻共同债务认定标准有两项：一是夫妻举债是否具有共同意思表示。如“夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务”，是夫妻共同债务。二是夫妻举债是否基于家庭共同生活需要。即“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务”，是夫妻共同债务。此外，“夫妻一方在婚姻关系存续期

²² 王歌雅：《民法典婚姻家庭编的价值阐释与制度修》，载《东方法学》2020年第4期，第175页。

²³ 《婚姻法》第10条规定：有下列情形之一的，婚姻无效：（一）重婚的；（二）有禁止结婚的亲属关系的；（三）婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的；（四）未到法定婚龄的。

²⁴ 《民法典》第1051条。

²⁵ 王歌雅：《民法典婚姻家庭编的价值阐释与制度修》，载《东方法学》2020年第4期，第175页。

²⁶ 《民法典》第1060条。

间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务”，如“债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的”，依然是夫妻共同债务。明确夫妻共同债务认定标准的立法意义有四：一是填补了婚姻家庭立法未规定夫妻共同债务确认标准的立法空白，实现了夫妻共同债务的认定标准与责任承担的立法衔接。二是有助于甄别夫妻债务性质，确认债务清偿原则，明确债务清偿的责任财产。三是有助于避免离婚当事人被债务化，维护离婚债务清偿的公平公正。四是平衡保护债权人和债务人的财产权益，贯彻诚实守信的偿债原则，维护交易秩序稳定。

(3) 规定了婚内分割夫妻共同财产的请求权。夫妻共同财产，是婚姻家庭的物质基础与生活保障，也是赡老育幼、维持生存发展、履行婚姻家庭职能的财产来源。为充分发挥夫妻财产---共同财产和个人财产的价值和功能，《民法典》第1066条规定：“婚姻关系存续期间，有下列情形之一的，夫妻一方可以向人民法院请求分割共同财产：（一）一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益的行为；（二）一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付相关医疗费用。”其立法意义体现在四方面：一是填补了婚姻家庭立法未规定婚内分割夫妻共同财产请求权的立法空白，实现了夫妻财产立法的完善性和全面性。二是明确了婚姻关系存续期间分割夫妻共同财产的法定情形，实现了夫妻合意与法定情形并存补益的立法目的。三是顺应了民众婚内分割夫妻共同财产的现实需要，弥补了婚内分割夫妻共同财产约定不能的遗憾，实现了夫妻财产权益保障的多元化。四是提供了婚内分割夫妻共同财产的救济措施，便于维护夫妻各方的财产权益。²⁷

2. 亲子关系立法完善

亲子关系是家庭关系的重要组成部分。完善亲子关系立法，是《民法典》婚姻家庭编编纂的重要任务。为有效协调亲子关系，实现未成年人利益保护的最佳化，《民法典》婚姻家庭编对亲子关系立法进行了充实与完善。

(1) 明确了亲子关系确认与否认制度。《民法典》第1073条规定：“对亲子关系有异议且有正当理由的，父或者母可以向人民法院提起诉讼，请求确认或者否认亲子关系。对亲子关系有异议且有正当理由的，成年子女可以向人民法院提起诉讼，请求确认亲子关系。”其立法意义有二：一是填补了婚姻家庭立法空白。《婚姻法》欠缺亲子关系的确认与否认制度，有关纠纷只能通过司法解释予以解决。而将切实可行的司法解释上升为法律规范，既有司法基础与立法保障，也可节约立法资源。二是明确了请求确认或否认亲子关系的请求权主体---父或者母以及成年子女。明确亲子关系确认与否认的司法路径，有利于解决亲子关系确认或否认纠纷，维护亲子权益。²⁸

(2) 明确了子女姓氏确定的原则。《民法典》婚姻家庭编删除了《婚姻法》第22条规定---“子女可以随父姓，可以随母姓。”有关子女姓氏的选择与确定，适用《民法典》第1015条规定。即“自然人应当随父姓或者母姓，但是有下列情形之一的，可以在父姓和母姓之外选取姓氏：（一）选取其他直系长辈血亲的姓氏；（二）因由法定扶养人以外的人扶养而选取扶养人姓氏；（三）有不违背公序良俗的其他正当理由。少数民族自然人的姓氏可以遵从本民族的文化传统和风俗习惯。”其立法理念体现在三方面：首先，适用《民法典》人格权编有关自然人姓氏的选择与确定规范，实现了《民法典》婚姻家庭编与人格权编的制度衔接，避免了立法重复。其次，《民法典》人格权编有关自然人姓氏的选择与确定规范，兼顾了民俗传统与伦理亲情，有利于实现子女利益的最大化，具有中国特色与时代特色。第三，回应了民众意欲解决子女姓氏确定或者变更纠纷的诉求，在为纠纷解决提供法律规范的同时，实现子女利益最佳化。²⁹

（四）离婚制度的修改

离婚制度规定于《民法典》婚姻家庭编中的第四章，共计17条。离婚作为《民法典》婚姻家庭编修改内容最多的一章，传承了我国离婚立法的基本理念---保障离婚自由，反对轻率离婚；彰显了性别平等的离婚救济宗旨---维护离婚权益，保障女性利益。

1. 离婚条件的修改

离婚条件的修改，是《民法典》婚姻家庭编的重大立法变化。其立法变化既源于当下离婚观念的更新与文明，也源于离婚当事人权益保障的迫切需求。

登记离婚条件的修改，表现为离婚冷静期的界定。即“自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内，任何一方不愿意离婚的，可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。前款规定期限届满后三十日内，双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证；未申请的，视为撤回离婚登记申请。”³⁰其立法目的体现在三方面：一是保障离婚自由，维护离婚当事人、子女的合法权益。二是严肃离婚态度，避免草率离婚、冲动离婚，实现离婚的意思自治。三是确保离婚理性，避免规避政策的离婚，矫正“假离婚”的恣意，倡导离婚诚信道德。³¹

²⁷ 王歌雅：《民法典婚姻家庭编的价值阐释与制度修》，载《东方法学》2020年第4期，第176页。

²⁸ 王歌雅：《社会排挤与女性婚姻家庭权益的法律保障》，黑龙江人民出版社2019年版，第172页。

²⁹ 王歌雅：《子女姓名权：内涵检审与制度建构》，载《求是学刊》2016年第4期，第81页。

³⁰ 《民法典》第1077条。

³¹ 王歌雅：《民法典婚姻家庭编的价值阐释与制度修》，载《东方法学》2020年第4期，第183页。

诉讼离婚条件的修改,表现为法定离婚情形的增补。《民法典》第1079条在承袭《婚姻法》第32条规定的基础上,增加了法定离婚情形:“经人民法院判决不准离婚后,双方又分居满一年,一方再次提起离婚诉讼的,应当准予离婚。”其立法动议表现在两方面:一是通过期间的规定---双方又分居满一年,评估夫妻感情的现状。二是通过期间的经过,确认夫妻感情确已破裂。如一方再次提起离婚,应当准予离婚,防止久调不决。

登记离婚与诉讼离婚,均是离婚的法定程序,具有相辅相成的功能;登记离婚与诉讼离婚的法定条件虽然不同且各有侧重,但其具有相互补益的功能。当事人根据离婚的具体情形,择优选择离婚方式,有助于实现离婚的意思自治,维护离婚的合法权益。

2. 离婚父母抚养子女原则的确立

父母离婚后如何抚养子女,关涉子女的切身利益,也关涉抚养责任的承担。为规制夫妻在离婚后争抢子女或者推诿抚养义务等乱象,《民法典》第1084条在沿袭《婚姻法》第36条规定的基础上,明确了子女的抚养责任。即“离婚后,不满两周岁的子女,以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女,父母双方对抚养问题协议不成的,由人民法院根据双方的具体情况,按照最有利于未成年子女的原则判决。”该规定有助于根据子女的年龄来确认抚养人,从而摆脱了“哺乳期内”和“哺乳期外”的个案甄别纠结;有助于及时解决确定子女抚养人的矛盾与纠纷,维护子女利益的最佳化。³²

3. 离婚救济制度的完善

离婚救济制度的完善,是《民法典》婚姻家庭编编纂的又一特色,也是离婚制度中最具创新精神与改革气度的制度建构,彰显了离婚救济的时代理念与权益保障的性别观照情怀。

(1) 延展了家务贡献补偿制度的适用范围。《民法典》第1088条规定:“夫妻一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务的,离婚时有权向另一方请求补偿,另一方应当给予补偿。具体办法由双方协议;协议不成的,由人民法院判决。”其立法特点有四:一是删除了《婚姻法》第40条有关离婚家务贡献补偿制度仅适用于夫妻分别财产制的条件限制,拓宽了家务贡献补偿的适用范围,增强了家务贡献补偿的救济功能。二是顺应了当下婚姻家庭建设的现实格局与性别分工---男主外、女主内外或者男女共同主内外,调动了家庭成员赡老育幼、建设婚姻家庭的积极性。三是体现了权利义务相一致的原则,在充分肯定家务贡献价值的同时,弥补家务贡献者因为家务负担而导致的人力成本逸失与发展机会逸失的损失,实现了家务贡献补偿的公平公正。四是倡导了性别平等理念,修正了家务贡献补偿制度在司法实践中的适用局限、性别局限、救济局限,有助于推进男女平等进程。³³

(2) 修复了离婚经济帮助制度。《民法典》第1090条规定:“离婚时,如果一方生活困难,有负担能力的另一方应当给予适当帮助。具体办法由双方协议;协议不成时,由人民法院判决。”其立法价值在于明确离婚经济帮助制度适用的基本条件,即一方生活困难,另一方有负担能力。

(3) 完善了离婚损害赔偿制度的适用情形。《民法典》第1091条在承袭《婚姻法》第46条规定的基础上,增加了请求离婚损害赔偿的概括情形---有其他重大过错,从而完善了离婚损害赔偿制度。其立法价值有三:一是完成了离婚损害赔偿制度的立法闭环设计。《婚姻法》第46条采用列举式立法,将离婚损害赔偿的适用情形限定为四项---重婚;有配偶者与他人同居;实施家庭暴力;虐待、遗弃家庭成员。《民法典》第1091条则采用例示式立法,通过增加概括性规定,拓展了离婚损害赔偿的适用情形,提升了救济功能。二是增强了离婚损害赔偿制度的警示功能。离婚损害赔偿适用情形的增加,彰显了惩罚过错方、抚慰无过错方的立法理念,有助于警示离婚的过错行为人,救济无过错方的离婚权益。三是丰富了离婚损害赔偿的救济观念,超越了原离婚损害赔偿制度所显现出的适用低、赔偿低、救济低等缺憾,彰显了有损害就有救济的理念。³⁴

(五) 收养制度的增补

收养制度规定于《民法典》婚姻家庭编的第五章,共计3节26条,即收养关系的成立、收养的效力、收养关系的解除,是在《中华人民共和国收养法》(简称《收养法》)的基础上修改补充而成。《民法典》的编纂,完成了《收养法》的法典化回归。³⁵

1. 收养条件的补益

收养条件是收养关系成立的前提。科学、完善的收养条件立法,有助于建立和谐的收养关系。《民法典》婚姻家庭编对收养条件的补益,体现在三方面:

(1) 放宽了被收养人的年龄。即未成年人可以被收养。通过修改被收养人的年龄,扩大了被收养人的范围,从而使“已满14周岁”的未成人能够被收养,以满足收养的多层次需求。

(2) 细化了收养人的条件。伴随计划生育政策的调整,《民法典》第1098条规定,收养人应当“无子女或者只有一名子女”。即“无子女的收养人可以收养两名子女;有子女的收养人只能收养一名子女。”³⁶为鼓励

³² 王歌雅:《民法典婚姻家庭编的价值阐释与制度修》,载《东方法学》2020年第4期,第177页。

³³ 王歌雅:《社会排挤与女性婚姻家庭权益的法律保障》,黑龙江人民出版社2019年版,第223-227页。

³⁴ 王歌雅:《社会排挤与女性婚姻家庭权益的法律保障》,黑龙江人民出版社2019年版,第210页。

³⁵ 王歌雅:《民法典婚姻家庭编的价值阐释与制度修》,载《东方法学》2020年第4期,第178页。

³⁶ 《民法典》第1100条第1款。

民众收养孤儿、残疾未成年人或者儿童福利机构抚养的查找不到生父母的未成年人，收养人可以不受《民法典》第1098条第一项规定的限制。³⁷同时，收养人应“无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录。”³⁸该规定是对收养人条件的要求与限制，也是对收养关系合法性、合道德性的考查与要求。因为，抚养、教育和保护未成年人，是收养人的权利和义务。收养人的良好品行、道德操守、言传身教等，均会对被收养人产生潜移默化的影响。为确保被收养人的身心健康、避免被收养人为非法行为所侵害，建立合法、安全、和谐、温馨的收养关系非常必要。故凡具有不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录者，不得收养子女。

（3）优化了无配偶者收养异性子女的限制。即“无配偶者收养异性子女的，收养人与被收养人的年龄应当相差四十周岁以上。”³⁹该规定体现出社会性别平等的收养观念，有利于推进收养关系的社会性别平等进程。⁴⁰

2. 收养程序的完善

收养程序制约收养关系的稳定与和谐。为建立和谐的收养关系，《民法典》第1105条第5款规定：“县级以上人民政府民政部门应当依法进行收养评估。”该规定可保障“未成年人利益的最大化”，有助于为被收养人创造良好的抚养、教育环境，确保其健康成长。

关于收养评估，应做好对收养登记申请人的收养登记前的调查评估与收养登记后的定期回访工作。针对收养登记申请人，调查评估的内容可包括：收养子女的原因、目的；工作经历、学历、爱好以及家庭关系的和谐程度；有无家庭责任感；有无婚生子女以及是否与其同住；是否患有严重疾病，民事行为能力的状态；是否有经济收入以及抚养子女的经济能力；有无犯罪记录，是否有酗酒、吸毒、赌博、家庭暴力、虐待等行为；居住条件以及被收养人的居住条件等。通过对上述内容的访谈、实地调查、走访等，形成综合评估意见。对收养登记申请人进行收养登记条件的调查、评估和回访，可委托街道、乡镇民间组织服务中心或社会工作者承担。调查登记员应进行业务培训，持证上岗。

三、适用关注

《民法典》已于2021年1月1日起实施。为配合《民法典》实施，2020年12月29日，最高人民法院发布《关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》（简称《〈民法典〉婚姻家庭编解释（一）》），该解释分为一般规定、结婚、夫妻关系、父母子女关系、离婚、附则六部分，共计91条。

（一）界分适用情形

《〈民法典〉婚姻家庭编解释（一）》在遵循《民法典》规范的基础上，对原有《婚姻法》司法解释进行了梳理、筛选与整合，并根据《民法典》婚姻家庭编的新增规范进行了解释与补充，界分了相关适用情形：一是区分了家庭暴力与虐待。即持续性、经常性的家庭暴力，可以认定为民法典第1042条、第1079条、第1091条所称的“虐待”。⁴¹二是界定了与他人同居的情形。即“民法典第1042条、第1079条、第1091条规定的‘与他人同居’的情形，是指有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住。”⁴²排除了与婚外同性同居的情形。三是明确了婚姻无效的情形与撤销婚姻的程序。“当事人以民法典第1051条规定的三种无效婚姻以外的情形请求确认婚姻无效的，人民法院应当判决驳回当事人的诉讼请求。当事人以结婚登记程序存在瑕疵为由提起民事诉讼，主张撤销结婚登记的，告知其可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。”⁴³四是重申了婚内分割夫妻共同财产的情形。即“婚姻关系存续期间，除民法典第1066条规定情形以外，夫妻一方请求分割共同财产的，人民法院不予支持。”⁴⁴这一解释严格遵循了《民法典》第1066条有关婚内分割夫妻共同财产的特定情形，在维护和遵循夫妻共同财产制的稳定性和逻辑性的同时，发挥了赡老育幼的家庭功能。

（二）明确适用效力

《〈民法典〉婚姻家庭编解释（一）》对《民法典》婚姻家庭编的司法适用具有细化、指导、阐释的功能。即通过婚姻家庭法规范的具体适用，定分止争、维护权益，促进婚姻家庭关系的和谐与文明。适用效力体现在六方面：一是细化了夫妻共同债务的确认标准。即“夫妻一方与第三人串通，虚构债务，第三人主张该债务为夫妻共同债务的，人民法院不予支持。夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负债务，第三人主张该债务为夫妻共同债务的，人民法院不予支持。”⁴⁵二是明确了人工授精子女的法律地位。“婚姻关系存续期间，夫妻双方一致同意进行人工授精，所生子女应视为婚生子女，父母子女间的权利义务关系适用民法典的有关规定。”⁴⁶三是明确了继父母子女关系的协调原则。“生父与继母离婚或者生

³⁷ 《民法典》第1100条第2款。

³⁸ 《民法典》第1098条第（四）项。

³⁹ 《民法典》第1102条。

⁴⁰ 王歌雅：《民法典婚姻家庭编的价值阐释与制度修为》，载《东方法学》2020年第4期，第178页。

⁴¹ 《民法典婚姻家庭编解释（一）》第1条。

⁴² 《民法典婚姻家庭编解释（一）》第2条。

⁴³ 《民法典婚姻家庭编解释（一）》第17条。

⁴⁴ 《民法典婚姻家庭编解释（一）》第38条。

⁴⁵ 《民法典婚姻家庭编解释（一）》第34条。

⁴⁶ 《民法典婚姻家庭编解释（一）》第40条。

母与继父离婚时，对曾受其抚养教育的继子女，继父或者继母不同意继续抚养的，仍应由生父或者生母抚养。”⁴⁷四是明确了再次分割夫妻共同财产的时效期间。即“当事人依据民法典第1092条的规定向人民法院提起诉讼，请求再次分割夫妻共同财产的诉讼时效期间为三年，从当事人发现之日起计算。”⁴⁸五是明确了离婚损害赔偿请求的适用情形。即“符合民法典第1091条规定的无过错方作为被告的离婚诉讼案件，如果被告不同意离婚也不基于该条规定提起损害赔偿请求的，可以就此单独提起诉讼。无过错方作为被告的离婚诉讼案件，一审时被告未基于民法典第1091条规定提出损害赔偿请求，二审期间提出的，人民法院应当进行调解；调解不成的，告知当事人另行起诉。双方当事人同意由第二审人民法院一并审理的，第二审人民法院可以一并裁判。”⁴⁹

《民法典》的实施，开启了民众民事权利保护的新时代。《民法典》婚姻家庭编的实施，将引领婚姻家庭建设的新风气、新风范，并将为平等、和谐、文明的婚姻家庭关系提供法律规范与行为指南。正如古人云：“天下之本在国，国之本在家，家之本在身。”⁵⁰

参考文献

1. 李志敏主编：《比较家庭法》，法律出版社1988年版。
2. 张贤钰主编：《婚姻家庭继承法》，法律出版社1998年版。
3. 张锡勤：《中国传统道德举要》，黑龙江教育出版社1996年版。
4. 陈明侠、黄列主编：《性别与法律概论》，中国社会科学出版社2002年版。
5. 夏吟兰：《离婚自由与限制论》，中国政法大学出版社2007年版。
6. 王歌雅：《中国现代婚姻家庭立法研究》，黑龙江人民出版社2004年版。
7. 王歌雅：《中国婚姻伦理嬗变研究》，中国社会科学出版社2008年版。
8. 王歌雅：《社会排挤与女性婚姻家庭权益的法律保障》，黑龙江人民出版社2019年版。
9. 王歌雅：《子女姓名权：内涵检审与制度建构》，载《求是学刊》2016年第4期。
10. 王歌雅：《民法典婚姻家庭编的价值阐释与制度修为》，载《东方法学》2020年第4期。
11. 王歌雅：黑龙江大学法学院教授、博士生导师，中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长，主要从事民事权利、婚姻家庭法、继承法、性别与法律等研究。
12. 基金项目：本文系国家社会科学基金项目《民法典·婚姻家庭编》的价值定位与制度建设研究”（18BFX185）阶段性研究成果。

⁴⁷ 《民法典婚姻家庭编解释（一）》第54条。

⁴⁸ 《民法典婚姻家庭编解释（一）》第84条。

⁴⁹ 《民法典婚姻家庭编解释（一）》第88条第（二）（三）项。

⁵⁰ 《孟子·离娄上》。

Государственное строительство и безопасность

俄罗斯1993年宪法制定的历史回溯 История российской Конституции 1993 года уходит корнями в прошлое The history of Russia's 1993 Constitution goes back

尤晓红
(黑龙江大学法学院)
pangdongmei71@163.com

Ю Сяохун,
Юридическая школа
Университета Хэйлунцзян, КНР
pangdongmei71@163.com

YOU XIAOHONG,
Law School of Heilongjiang University, China
pangdongmei71@163.com

© Ю Сяохун, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.052-058

此文是黑龙江大学杰出青年科学基金项目“俄罗斯宪法制度研究”(JC2017W6)的阶段性成果。

This article is the stage achievement of Russian constitutional system research (JC2017W6) of Heilongjiang University outstanding youth science fund project.

摘要:中国宪法学界对俄罗斯1993年宪法的研究主要集中在宪法规范、宪法制度层面,罕有历史关照。为了完整、深刻地了解俄罗斯现行宪法,仅仅关注宪法制度还不够,还须知晓“有历史当年宪法从哪里来”。

俄罗斯现行宪法是在1993年通过并生效的,这部宪法制定于特殊的历史时期。当时的俄罗斯经济局势不稳,新的政治秩序尚在形成过程中。在这一时期的俄罗斯,修改1978年宪法和制定新宪法两项工作同时进行着。依据修改后的1978年宪法,存在民选总统和民选的人民代表大会,政府既向人民代表大会负责,也向总统负责。这种政权组织形式与世界上其他国家典型的政权组织形式都不同。俄罗斯在一定程度上出现了总统和议会两个权力中心。

总统和议会在经济政策方面存在严重分歧,随着时间的推移,二者之间的政治纷争愈演愈烈,不仅影响了旧宪法的修改,也影响了新宪法的制定。总统和议会都想要一部能够强化自己地位和权力的新宪法。1992年4月,第六次人民代表大会通过了新宪法草案的基本条款。但是总统一方面负责制定宪法草案的宪法委员会提出了修改意见。在宪法委员会后来公布的宪法草案中,总统的权力扩大了。议会对此非常不满,在确定第七次人民代表大会日程安排时,只有修改旧宪法的议程安排,并没有讨论新宪法草案这一项。

1992年12月,第七次人民代表大会举行,议会通过修改旧宪法削弱总统的权力。总统认为,人民代表大会攻击总统和政府的施政方针,来自立法权的专制也很危险。总统提出在俄罗斯举行全民公决,以此解决总统和议会的权力纷争。在1993年4月25日举行的全面公决中,总统获胜,之后,总统一方公布了总统版的宪法草案,并且召集“宪法会议”。此时,议会一方也提出了自己的宪法草案。1993年7月,“宪法会议”制定出了妥协版的宪法草案,然而,这并没有平息总统和议会的权力纷争。1993年9月,随着1400号总统令的颁布,双方的矛盾迅速激化,最终演变成武装冲突。1993年12月12日,俄罗斯全民公决通过了宪法草案,俄罗斯1993年宪法正式产生。尽管总统和议会在1993年宪法制定过程中存在不可调和的分歧,但是双方的宪法草案中也存在一些共同的地方,即对“法治国”、“公民社会”理念的认同和遵循。

1993年宪法的制定过程固然曲折,但是如果将其放在俄罗斯社会转型这样一个宏大的历史环境中去分析和考察,或许就可以明白这种曲折了。

关键词:宪法制定 历史 政治纷争

Abstract. The research on Russia's 1993 Constitution by the Chinese constitutional circles mainly focuses on constitutional norms and constitutional systems, with rare historical attention. In order to have a complete and profound understanding of the current Constitution of Russia, it is not enough to focus solely on the constitutional system, but also to know "where the 1993 Constitution came from". Russia's current constitution, which was adopted and entered into force in 1993, was enacted at a special historical time. At that time, Russia's economic situation was unstable, and a new political order was in the process of forming. During this period, the revision of the 1978 Constitution and the enactment of a new Constitution were carried out simultaneously. According to the amended 1978 Constitution, there are elected presidents and elected people's congresses, and the government is accountable to both the people's congresses and the president. This form of regime organization is different from the typical form of political organization in other countries of the world. To some extent, there are two power centers in Russia: the president and parliament.

The President and the Parliament were deeply divided on economic policy. As times goes on, the political disputes between the two become more and more intense, affecting not only the revision of the old constitution, but also the formulation of the new constitution. Both the president and parliament want a new constitution that strengthens their position and power. In April 1992, the Sixth People's Congress adopted the basic provisions of the new draft constitution. However, the President proposed amendments to the Constitutional Council, which is responsible for formulating the draft constitution. In the draft constitution later published by the Constitutional Council, the Powers of the President were expanded. The Parliament was very dissatisfied with this. In determining the schedule of the Seventh People's Congress, only the agenda of the old Constitution had been amended and the draft new Constitution had not been discussed.

In December 1992, the Seventh People's Congress was held and the Parliament weakened the President's powers by amending the old Constitution. The president believes that the people's congress attacks the policies of the president and the government, and that the authoritarianism of legislative power is also dangerous. The president proposed holding a referendum in Russia to resolve the power struggle between the president and parliament. After the victory of the President in a general referendum held on 25 April 1993, the President's side published the draft constitution of the Presidential version and convened a "constitutional assembly". At this point, the parliamentary side also submitted its own draft constitution. In July 1993, the Constitutional Assembly produced a compromise version of the draft constitution, however, did not settle the power struggle between the President and parliament. In September 1993, with the promulgation of Presidential Decree No. 1400, the conflict between the two sides quickly intensified and eventually turned into an armed conflict. On 12 December 1993, a draft constitution was adopted by a referendum in Russia, which was formally adopted in 1993.

Despite the irreconcilable differences between the President and the Parliament during the 1993 constitution-making process, there are also some commonality in the draft constitutions of the two sides, namely, the recognition and adherence to the concepts of "rule of law" and "civil society".

The process of formulating the 1993 Constitution is tortuous, but it may be understood if it is analyzed and examined in such a grand historical context as the transformation of Russian society.

Keywords: Constitution making; History; Political disputes

俄罗斯现行宪法是1993年生效的，这部宪法制定于特殊的历史时期。当时的俄罗斯刚经历过苏联解体的动荡，经济混乱，在新的政治秩序形成过程中，又出现了总统与议会之间的权力之争。总统和议会之间的权力博弈最初看上去是政治分歧，然而到了新宪法制定时就演变成制宪之争，指向未来宪法中的国家权力分配。以往，中国宪法学界对俄罗斯1993年宪法的研究主要集中在宪法制度层面，罕有历史关照。然而，为了完整、深刻地认知俄罗斯宪法，不仅要从规范层面了解、掌握制度构架，还须知晓“宪法的研年宪法从哪里来”。为了廓清这个问题，对俄罗斯1993年宪法的制定过程进行历史回溯是最佳路径。

一、1993年宪法制定之前的宪法——苏联时期的1978年宪法

在1993年宪法生效之前，俄罗斯施行的是在1978年制定的《俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国宪法》。20世纪80年代，戈尔巴乔夫先是在苏联进行了经济改革，之后又推行政治变革。这样的背景下，苏联从1988年12月开始对当时的1977年苏联宪法进行了数次修改。而当时仍是苏联加盟共和国的俄罗斯从1989年10月开始到1991年11月也随之对1978年宪法进行了多次修改。从内容上看，主要涉及国家机构的变化，包括设立人民代表大会、新增总统职位、确立多党制等。

1991年12月苏联解体，俄罗斯成为独立的主权国家之后，在1992年4月、1992年12月对1978年宪法进行了重要修改。修改后的宪法将“俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国”更名为“俄罗斯联邦”、“俄罗斯”。宪法条文中凡是有“俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国”表述的地方都替换成“俄罗斯联邦”、“俄罗斯”。国家

机构运行原则也发生了巨大变化,原来1978年宪法第3条规定“苏维埃国家组织和活动原则实行民主集中制”。但是,1992年4月修改宪法之后,这一条款已经变成了“俄罗斯联邦的国家权力体系在立法权、执行权、司法权分立的基础上构建”。

在1993年宪法生效之前,俄罗斯对旧宪法进行了大面积的修改“在1991年11月份到1992年12月份间,对《俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国宪法》就修改了400多处,其中有一些修改还互相矛盾。”¹很显然,成为独立主权国家的俄罗斯急需制定一部新宪法。但是,当时的俄罗斯正身处经济混乱之中,总统和议会在经济政策方面存在严重分歧,随着时间的推移,二者之间的政治纷争愈演愈烈,不仅影响了旧宪法的修改,也影响了新宪法的制定。在这一时期的俄罗斯,修改1978年宪法和制定新宪法两项工作同时进行着。议会一方试图通过修改旧宪法以此阻碍总统一方推进新宪法的制定。然而,不管怎样修改旧宪法,都能看到俄罗斯在某种程度上出现了总统和议会两个权力中心。依据宪法文本,对总统和议会宪法地位及双方关系进行分析,这有助于廓清1993年宪法生效之前俄罗斯的国家权力架构,进而有助于理解在1993年宪法制定过程作为特殊历史背景的政治纷争。

依据修改后的1978年宪法,俄罗斯人民代表大会是最高国家权力机关,最高苏维埃是人民代表大会的常设机构,最高苏维埃主席团向最高苏维埃负责。总统既是国家元首同时又执掌执行权,领导俄罗斯联邦政府。分析修改后的1978年宪法,会发现总统与人民代表大会都是民选产生。从总统与人民代表大会的关系看,总统须向人民代表大会汇报工作。依据宪法规定,“总统一年至少须向人民代表大会提交一次有关人民代表大会和最高苏维埃制定的社会经济计划和其他计划执行情况的报告……人民代表大会经过代表多数表决有权要求总统提交例外的报告”。另外,“总统无权解散或停止人民代表大会和最高苏维埃的活动”。从总统与政府的关系看,总统是执行权首脑,“总统领导部长会议的活动”。但在政府组成及政府去留问题上,总统并没有全权,最高苏维埃都参与其中。“总统与最高苏维埃协商后任命部长会议的主席”;“总统与最高苏维埃协商后可做出政府辞职的决定”。此外,同时,宪法也明确规定,“部长会议作为政府,它向人民代表大会、最高苏维埃、总统负责”。“俄罗斯联邦人民代表大会、最高苏维埃通过对政府提出不信任案可做出政府辞职的决定,总统与最高苏维埃协商后也可做出政府辞职的决定”。

在比较具有代表性的政权组织形式中,议会制的特征是,政府由议会产生和解散,政府向议会负责;总统制的特征是,政府不向议会负责,总统既是国家元首,又是政府首脑;半总统制的特征是,竭力强化总统的权力,削弱议会的权力,总统拥有强权,政府实际上向总统负责,尽管议会可以解散政府,但总统有权解散议会。那么,在修改后的1978年宪法中,会发现它所规定的政权组织形式较为特殊。首先,这种政权组织形式不是典型的议会制,因为政府在向人民代表大会负责的同时,还须向总统负责。同时也不是总统制,因为总统制之下政府并不向议会负责。此外,总统制之下,国家元首与政府首脑合二为一,但修改后的1978年宪法中还设有政府总理一职。最后也不是半总统制,因为半总统制之下,总统是绝对的权力中心,总统拥有强权,可以解散议会。而修改后的1978年宪法规定,总统无权解散人民代表大会。这种既有民选议会、又有民选总统,政府既向议会负责、又向总统负责的政权组织形式反映了当时的俄罗斯在一定程度上出现了议会和总统两个权力中心。

议会和总统两个权力中心之间的纷争贯穿在新宪法的制定过程中,“俄罗斯在1990-1993年间复杂的经济形势和政治形势、俄罗斯立法权和执行权之间的冲突影响了新宪法的制定”²。在按照时间线索梳理俄罗斯1993年宪法制定过程的同时,还须对总统与议会的权力之争这一特殊历史背景进行关照。

二、1993年宪法制定的历史过程——伴随着总统与议会的权力纷争

(一) 1991年12月至1992年12月——议会与总统关于宪法草案的分歧

随着苏联经济、政治变革的推进,俄罗斯从国家到社会都发生了巨大变化,1978年宪法已经不合时宜。早在1990年,俄罗斯就开始准备制定新宪法。1990年6月16日,俄罗斯第一届人民代表大会作出决定,成立了制定新宪法的宪法委员会。该宪法委员会共由102名议员组成,当时的最高苏维埃主席叶利钦担任宪法委员会主任,最高苏维埃第一副主席哈斯布拉托夫担任宪法委员会副主任。尽管宪法委员会很快就制定出了宪法草案,但是这一时期苏联的政治改革仍然在进行中,俄罗斯面临着许多迫切需要解决的政治问题,制宪进程受到了影响。“由于政治生活没有停滞不前,俄罗斯领导层被迫通过修改现行宪法迅速解决新现实与宪法之间最激烈的冲突”³。1991年12月苏联解体后,对于成立为独立主权国家的俄罗斯而言,制定一部新宪法已经迫在眉睫。然而,由于总统与议会这两个国家权力中心之间发生了严重的政治分歧,导致1993年宪法的制定过程并不顺利。

1991年11月,人民代表大会通过了“用法律保障经济改革”的决定,根据该决定,俄罗斯总统可以就银行、货币、外贸、投资、定价、土地改革等诸多经济领域的问题发布总统令。⁴获得权力的总统叶利钦领导政府在经济领域推行“休克疗法”,这种经济政策主张快速实行私有化,全面放开价格调控,完全实行市场调节。“休克疗法”的推行不仅没有缓解俄罗斯的经济滑坡,反而使经济从1992年初开始陷入混乱之中。“1992年物价上涨达到2508%,国内生产总值下降14.5%,投资下降45%,进出口总额下降23%,居民实际收

¹ Шахрай С. М. Конституция России: от кризиса к развитию // Логос. 2014. № 3. С. 252.

² Тарасова Е. А. Разработка новой Конституции РФ — заключительный этап (май — декабрь 1993 г.) // Вестник Санкт-Петербургского Университета. 2007. № 3. С. 108.

³ Шахрай С. М. Указ. соч. С. 249.

入下降了55%，居民储蓄损失4600亿卢布。”⁵当时，哈斯布拉托夫任最高苏维埃主席，他领导的议会强烈反对在俄罗斯继续推行这样的经济政策。

总统与议会的纷争也延续到了新宪法的制定过程中。简言之，总统和议会都想要一部能够强化自己地位和权力的宪法，双方围绕制宪寸步不让。“两种权力之间的矛盾影响了宪法委员会制定的宪法草案，特别是在国家权力机关的权力分配方面影响更大”。⁶“宪法委员会很快变成了政治斗争的场地，其主要内容就是新宪法采用纯粹地议会制还是采用纯粹地总统制”⁷。1992年4月，第六次人民代表大会通过了新宪法草案的基本条款。当然，能够表决通过是因为其具有许多有利于议会权力的条款，例如，该版本宪法草案第93条第2款规定“俄联邦总统无权终止或停止俄联邦最高苏维埃及共和国、边疆区、州、自治州、自治区权力代表机关的活动”。1992年8月，总统一方向宪法委员会提出了修改新宪法草案的意见，总的来看这些修改意见主要就是强化总统的权力。例如，总统提出在宪法草案过渡条款中增加总统组织政府的权力，总统有权启动全民公决等。1992年10月，宪法委员会公布了最新版本的宪法草案，这其实是对议会通过的宪法草案基本条款与总统提出的修改意见进行了吸收及综合之后的结果。但是从内容上看，会发现许多有利于议会权力的条款被删掉了，而总统一方提出的强化总统权力的修改意见大都写进了1992年10月版的宪法草案⁸（具体内容见表格）。

第六次人民代表大会通过基本条款的宪法草案（1992年4月）	俄联邦总统无权终止或停止俄联邦最高苏维埃及共和国、边疆区、州、自治州、自治区权力代表机关的活动。（93条2款）	最高苏维埃以多数表决通过后同意任命总统提名的政府总理及政府其他成员的任命，最高苏维埃依据总统的提名选举产生宪法法院法官、最高法院法官（93条第1款）	俄联邦政府在总统的领导下施政。政府的组成与权限由联邦法律确定。（98条1款）	联邦权力执行机构体系应当在宪法生效之日起6个月内依据合乎俄联邦宪法的联邦法律进行组织（过渡条款第12条第3款）
宪法委员会公布的修改后的宪法草案（1992年10月）	宪法草案中删除了这一条款。	最高苏维埃同意任命总统提名的政府总理和政府成员.....最高苏维埃依据总统的提名任命宪法法院法官、最高法院法官（93条第1款）	俄联邦政府在总统的领导下施政。政府的组成与权限根据总统的提议由联邦法律确定。（98条1款）	在新总统选举产生之前俄联邦总统有权任命和解除执行权体系内所有公职人员，总理、副总理和俄联邦政府成员除外，总统甚至有权重组执行权的构成（过渡条款第12条第2款）

议会一方对修改后的宪法草案自然不满。在之后做出的关于在1992年12月1日召开第七次人民代表大会的决议中，会议日程安排上并没有讨论新宪法草案这一项，但是有修改1978年宪法的安排。“会议日程安排上甚至还有修改和补充宪法，这个决定本身就是‘人为干扰’新宪法草案通过的明显表现”。⁹宪法委员会随后连续做出两个决议，第一个决议的主要内容是建议第七次人民代表大会对宪法草案进行一读，并确定最终确定新宪法的通过程序；第二个决议的主要内容是考虑到人民代表大会对宪法委员会制定的宪法草案进行再次讨论以及对宪法草案进行一读，建议最高苏维埃将第七次人民代表大会的召开日期挪至1993年3月。¹⁰尽管议会表示要继续讨论宪法草案，但并没有改变第七次人民代表大会的召开日期。而总统和议会的权力纷争势必也会延续到俄罗斯第七次人民代表大会上。

（二）1992年12月至1993年4月——支持“总统”还是“议会”

1992年12月，在召开的第七次人民代表大会上总统和议会之间的权力纷争愈演愈烈。议会一方面对政府的经济政策仍然持激烈的反对态度，并拒绝了总统任命盖达尔为政府总理的人事提名；另一方面，议会修改了1978年宪法，特别是增加了这样一条，“总统不能使用权力改变国家制度、解散合法选举产生的国家权力机关或停止该机关的活动，否则总统的权力将立即被终止”，这明显削弱了总统的权力。而对于新宪法的制定，议会并没有依据宪法委员会的建议进行一读。在宪法修正案通过的第二天总统叶利钦在人民代表大会举行的会议上发表讲话，“人民代表大会攻击总统和政府推行的方针，攻击正在进行的改革使我们的国家在近几个月没有摆脱经济危机.....人民代表大会（所作所为）很明显的表明不仅来自执行权的专制是危险的，来自立法权的专制也同样危险。”¹¹总统提出在俄罗斯通过全民公决来解决他与议会之间的权力冲突。“

⁴ Тарасова Е. П. Условия разработки Конституции Российской Федерации 1993 года: историко-правовая ретроспектива // Вопросы государственного и муниципального управления. 2011. № 3. С. 162.

⁵ 张建华，《俄国史》，人民出版社2004年版，374页。

⁶ Тарасова Е. П. Условия разработки Конституции Российской Федерации 1993 года: историко-правовая ретроспектива. С. 165.

⁷ Шахрай С. М. Указ. соч. С. 251—252.

⁸ Румянцев О. Г. Из истории создания Конституции Российской Федерации // Конституционная комиссия: стенограммы, материалы, документы (1990—1993 гг.). М., 2008. С. 503—637.

⁹ Румянцев О. Г. Указ. соч. С. 30.

在人民代表大会和总统之上只有一个法官——人民。我认为走出权力危机的路只有一条——全民公决。这是最民主、最合法地途径。我不请求解散人民代表大会，我只是想问问人民支持谁。”¹²叶利钦的发言将总统与人民代表大会的矛盾直白地展现在俄罗斯社会面前，所有人都不知道事态将会怎样发展，是不是又将面临一场国家动荡。为了安抚俄罗斯社会的情绪，总统和人民代表大会在1992年12月11日发表联合声明，承诺只按照宪法规定的方式和途径解决立法权与行政权之间的关系问题，呼吁社会保持克制，同时委托警察机构维持社会秩序，保护人民的权利。¹³

随后，人民代表大会在1992年12月12日做出“稳定俄联邦宪法制度”的决议，确认将在1993年4月11日对新宪法草案的基本条款进行全民公决。而人民代表大会之所以同意在新宪法的制定上迈出实质性一步，是因为新宪法草案基本条款并不涉及总统和议会制宪之争的核心，即俄罗斯实行总统制还是议会制。新宪法草案基本条款共由十条组成，在涉及国家权力架构的第五条中，只是规定“最高苏维埃是唯一的代议和立法机关”，“俄联邦总统是国家元首和最高的公职人员，领导执行权”。尽管人民代表大会同意进行全民公决，但内容却不是总统叶利钦提出的“信任人民代表大会还是总统”，而是进行新宪法草案基本条款的表决。

然而，双方的权力纷争并没有就此平息，而是从1993年3月开始激化。在第八次人民代表大会上，议会认为“在俄罗斯进行全民公决的法律基础还不完善……现在进行全民公决会带来危险的后果”¹⁴，决定取消1993年4月11日举行全民公决。总统叶利钦随后发表电视讲话，并签发总统令，确定在1993年4月25日举行是否信任总统的全民公决。面对日益激化的总统和议会之间的权力纷争，一些议员非常担忧，他们不仅不满意总统，甚至也不满意哈斯布拉托夫。正是由于人民代表大会内部对哈斯布拉托夫的不满，加上许多代表希望国家尽快走出“府会之争”，所以在第九次人民代表大会上通过了关于1993年4月25日举行全民公决的决定，其内容之一为是否信任总统。而在后来如期举行的全民公决上，关于是否信任总统这一项，参与全民公决的公民中有58.7%的人投了赞成票。很显然，总统获得了俄罗斯人民的支持。实际上，在存在民选总统、民选议会两个权力中心的情形下，“议员们将分权原则理解为‘一切权力归议会’，这在法律上是站不住脚的，因为全民选举产生的总统的合法性不亚于人民代表大会和最高苏维埃”¹⁵。

（三）1993年5月至12月——从妥协的宪法草案到权力纷争的结束

1993年5月，全民公决中获得人民支持的总统叶利钦提出了自己的宪法草案。根据这份宪法草案的规定，总统是国家元首，立法权由联邦会议行使，行政权由联邦政府行使，司法权由法院行使。在总统与议会的关系上赋予了总统优势地位。首先，在宪法章节安排上，“总统”位于“联邦会议”之前。其次，总统享有解散议会的权力。该草案第106条规定，联邦委员会根据总统提名任命政府总理，如果联邦委员会两次拒绝总统提名，那么总统召开议会两院联席会协商解决。如果在一个月之内，联邦会议仍没有同意总统提名任命政府总理，那么总统有权解散议会并直接任命政府总理。再次，总统有权要求议会重新审议已经通过的法案，有权决定举行全民公决等。议会一方也公布了自己的宪法草案。在这个宪法草案中，从章节安排上看，“最高苏维埃”位于“总统”之前。从总统与议会的关系上看，议会享有非常广泛的权力，将总统置于议会监督之下，总统每年要向最高苏维埃报告工作等。双方围绕宪法草案的争端还在继续。

总统叶利钦为了加快并结束新宪法制定的进程，他另辟蹊径召集了“宪法会议”。他向“宪法会议”提交了自己的宪法草案，同时呼吁制定出一个妥协的宪法草案。1993年7月，“宪法会议”在考虑到总统和议会宪法草案的基础上制定出了一个新的宪法草案，这个宪法草案基本上就是后来进行全民公决的宪法草案。为了调和总统和议会的矛盾，这个宪法草案做出了一些折衷性的规定，譬如，政府须向国家杜马负责，对于总统宪法草案中“总统有权解散联邦会议”权力限缩为“总统有权解散国家杜马”。

新宪法草案的出台并没有让这场总统和议会的制宪之争划上句号。总统与人民代表大会之间走向了决裂。1993年9月21日，叶利钦颁发1400号总统令，主要内容是：终止人民代表大会和最高苏维埃行使立法权、命令权和监督权；确定在1993年12月12日举行新宪法的全民公决；宣布“国家杜马选举法”生效，确定在1993年12月11日-12日举行国家杜马的选举；建议俄联邦宪法法院在联邦会议开始工作前不再举行会议等。作为回击，哈斯布拉托夫马上召开最高苏维埃会议，宣布总统的1400号总统令无效，宪法法院也确认1400号总统令违宪。同时，与哈斯布拉托夫站在同一政治立场的副总统卢茨科依宣誓任职总统。这样，一个国家就出现了两个总统。尽管叶利钦与人民代表大会曾经发过联合声明，承诺要依据宪法规定解决争端，但是当事情演变到这一步时，实际上已经偏离了宪法设定的问题解决轨道。之后，武装冲突爆发，总统一方获胜。1993年12月12日，全民公决如期举行，新宪法草案获得通过，1993年宪法正式生成。

三、1993年宪法制定的价值依循——“法治国”与“公民社会”

总统与议会的权力纷争发生于俄罗斯社会转型时期，尽管国家、社会态势不稳，但一些理念、价值认同正在形成。总统、议会在制宪过程中的纷争主要集中在新宪法的国家权力分配上。分析总统、议会提出的宪法草案，能够发现在一定程度上存在着共同点，或者说，存在着总统与议会之争没有波及或没有影响到的地方。对此进行关注，方能全面地回溯俄罗斯宪法生成的历史背景。制定1993年宪法过程中，在众多版本的宪法草案里最能体现议会立场的是1992年4月版的宪法草案，这是第六次人民代表大会通过基本条款

¹⁰ Румянцев О. Г. Указ. соч. С. 264—265.

¹¹ Румянцев О. Г. Указ. соч. С. 781—783.

¹² Румянцев О. Г. Указ. соч. С. 784.

¹³ Румянцев О. Г. Указ. соч. С. 788—789.

的版本；最能体现总统立场的是1993年5月版的宪法草案，它完全是由总统一方提出的。对比这两个版本的宪法草案并进行文本分析，会发现，议会、总统这两种政治力量都比较认同在俄罗斯兴起并受到社会认可的“法治国”与“公民社会”理念。

(一) 总统和议会的宪法草案中都遵循了“法治国”理念

“法治国是这样的国家，法约束、制约国家所有的活动，国家的主要价值追求是保障人的基本权利和自由”。¹⁶一般认为，法拥有至上权威是法治国的核心，保障人权是法治国的价值追求；实行权力监督和制约、维护司法独立、设立违宪审查等是法治国的制度构架。“法治国”理念在议会和总统提出的宪法草案中都有所体现。在1992年4月版的宪法草案中，第1条就明确规定，“俄罗斯是主权的、法治的、民主的、联邦制和社会国家”。在之后的第2条宣告，“人、人的权利和自由是最高价值”，第3条规定“法的至上性”。很显然，这部宪法草案的前三条已经很精准地诠释了法治国的理念。在具体的宪法制度上，第二编“人与公民的基本权利、自由和义务”中详细规定了公民享有的若干项基本权利，包括生命权、人身自由、隐私权、迁徙自由、信仰自由、言论自由等。尽管议会的宪法草案版本没有明确规定权力分立，但是国家权力的配置还是在一定程度上体现了这一点，立法权属于最高苏维埃，行政权属于总统和政府，司法权属于法院。此外，这部宪法草案设置了宪法法院，还构建了保障司法独立的制度，如法院财政独立，法官70岁退休等¹⁷。

在1993年5月总统提出的宪法草案中，开篇即宣告，“俄罗斯是民主、法治、联邦制国家”。在具体制度方面，这份宪法草案确立了权力分立原则，“俄罗斯国家权力划分为立法权、行政权、司法权”。尽管这部宪法草案在权力配置上偏向总统，但也体现了权力制衡原则，如它规定了总统有权解散联邦会议，而联邦会议有权弹劾总统等内容。此外，还将“人的尊严和权利、自由是国家的最高价值”写进宪法，体现了法治国的价值追求。在章节安排上第一编就是“国家制度·公民权利和自由”，不仅规定俄罗斯公民从出生就享有公民基本权利和自由，而且还确认了将依据人权条约等保障俄罗斯公民的基本权利。与此同时，这部宪法草案还像德国基本法那样规定公民基本权利和自由条款具有直接宪法效力，规定公民享有尊严权、人身自由、言论自由、迁徙自由、财产权等诸多权利。此外，该宪法草案规定了法官只服从法律，法官人身不受侵犯，法官职务不能随意更改等制度。这部宪法草案还设立了宪法法院行使违宪审查权以维护宪法权威。¹⁸

1992年4月版宪法草案	俄罗斯是民主、法治、社会、联邦制的主权国家	没有明确规定权力分立	公民享有生命权、人身自由、隐私权、迁徙自由等	法院财政独立；法官70岁退休；设立宪法法院。
1993年5月版宪法草案	俄罗斯是民主、法治、联邦制国家	俄罗斯国家权力划分为立法权、行政权、司法权	公民享有尊严权、人身自由、言论自由、迁徙自由、财产权等	法官只服从法律；法官人身不受侵犯；设立宪法法院

(二) 总统和议会的宪法草案中都认同“公民社会”理念

在1992年4月版的宪法草案中有独立的一编名为“公民社会”。从章节安排上看，它位于第二编“公民基本权利与义务”之后，在第四编“联邦制度”之前。从内容上看，一共包含五章，在“所有制、劳动、企业”这一章中，主要规定了所有制、私有财产权、土地制度、劳动权等涉及经济制度的内容。依据它的规定，俄罗斯的所有制包括私有制、公有制和混合所有制，这些所有制形式一律受到平等地法律保护；公民的私有财产权不受侵犯，只有依据法院的判决才能没收财产，需要依据联邦法律才能将财产收归国有；个人拥有土地不能超过法律规定的限度，除非有法律的例外规定，否则不能改变农村土地的用途；公民享有劳动自由，禁止强制劳动，承认罢工权，但罢工权的行使程序由法律确定；国家保护企业自由，禁止限制竞争等。在第八章“社会组织”中，主要是从政治多元的角度规定政党等社会组织的权利。依据宪法草案，在俄罗斯可以自由的创设社会组织，包括政党、职业联盟、青年协会等，社会组织的注册条件由法律规定；政党促进公民社会政治意志的表达，参与选举，政党有权使用大众传媒。第九章是“教育、科学、文化”，这一章主要规定了公民享有教育、学术和文化自由，国家要保障基础科学研究等内容。第十章是“家庭”，规定家庭、母亲、父亲、儿童受国家和社会的保护，父母有义务抚养自己的未成年的孩子，有劳动能力的孩子必须关心自己无劳动能力的父母等内容。第十一章是“大众传媒”，确认信息传播自由，规定国家、企业、社会组织、公民个人都可以组建传媒机构等¹⁹。

在总统1993年5月提出的宪法草案中，尽管没有专门设立一编为“公民社会”，但构成公民社会的基本元素都规定在了宪法条文中。在第一编“国家基本制度·公民权利和自由”中，明确规定，公民享有私有财产权，公民和公民组织有权私人占有土地和其他财产；每个人都享有经济自由，自由地使用自己的能力和财产从事法律不禁止的经济活动；公民享有劳动自由；公民享有结社自由；公民享有言论传播信息的自由；法律优先保护家庭、母亲和儿童的权利等²⁰。

¹⁴ Авакьян С. А. Конституция России: природа эволюция современность. М., 2000. С. 149.

¹⁵ Шахрай С. М. Указ. соч. С. 253.

¹⁶ Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации. М.: Норма, 2006. С. 120.

¹⁷ Румянцев О. Г. Указ. соч. С. 503-637.

¹⁸ Проект Конституции (Основного закона) РФ, представленный Президентом РФ // Московская правда. 5 мая 1993 г.

¹⁹ Румянцев О. Г. Указ. соч. С. 503—637.

1992年4月版宪法草案	第三编“公民社会”	第七章“所有制、劳动、企业”：包括私有财产权、土地制度、劳动权等。	第八章“社会组织”：包括自由创设社会组织	第九章“教育、科学、文化”	第十章“家庭”	第十一章“大众传媒”
1993年5月版宪法草案	没有独立成编	公民享有私人财产权；公民享有经济自由等	公民享有结社自由等	国家保障公民教育权，公民享有艺术、科学自由等	法律优先保护家庭、母亲和儿童的权利	公民享有言论、传播信息的自由

结 语

俄罗斯1993年宪法的制定过程固然曲折，分析这种曲折的原因，一方面，要看到俄罗斯当时的政治文明与政治现代化的发展程度还不够；另一方面也要看到俄罗斯面对的是巨大的社会转型，如果将宪法制定过程放在这样一个宏大的历史环境中去分析和考察，或许就可以明白和理解这种曲折了。

参考文献

1. Авакьян С. А. Конституция России: природа эволюция современность. — М., 2000.
2. Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации. — М. : Норма, 2006.
3. Козлов А. Е., Шульженко Ю. Л. Конституционная реформа в СССР. — М., 1990.
4. Нерсисянц В. С. Социалистическое правовое государство: концепция и пути реализация. — М., 1989.
5. Румянцев О. Г. Из истории создания Конституции Российской Федерации // Конституционная комиссия : стенограммы, материалы, документы (1990—1993 гг.). — М., 2008.
6. Чиркин В. Е. Сравнительное конституционное право. — М. : Международные отношения, 2002.

²⁰ Проект Конституции (Основного закона) РФ, представленный Президентом РФ.

К вопросу о законодательном регулировании надежного обеспечения
страны продовольствием в условиях введения экономических санкций
западных стран в отношении России
On the issue of legislative regulation of reliable food supply to the country
in the context of the introduction of economic sanctions
by Western Countries against Russia

Х. У. Белхароев,

кандидат юридических наук, доцент,
доцент программы «Международная экономическая безопасность»
Института мировой экономики и бизнеса РУДН,
заместитель директора федерального
государственного унитарного предприятия
«Оборонпромэкология»
Министерства обороны России, Россия
x101010x@yandex.ru

Н. М. BELKHAROEV,

Cand. Sci (Law), Associate Professor,
Associate Professor of the program
"International economic security",
Institute of world Economics and business of PFUR,
Deputy Director of the Federal state unitary enterprise
«Oboronpromecology» of the Ministry of Defense, Russia
x101010x@yandex.ru

© Х. У. Белхароев, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.059-063

Аннотация. В статье раскрываются ограничительные меры, введенные странами Запада против нашей страны и ответные меры, принятые в целях обеспечения национальной безопасности. Рекомендовано изучить опыт реформирования и развития сельскохозяйственной отрасли Китайской Народной Республики. Аргументируется, что при правильном использовании введенные санкции будут способствовать развитию отечественного внутреннего рынка, особенно в агропромышленном комплексе, что активизирует и другие сектора экономики.

Ключевые слова: защита, безопасность, закон, санкции, экономические меры.

Abstract. The article reveals the restrictive measures imposed by Western countries against our country and the retaliatory measures taken to ensure national security. It is recommended to study the experience of reforming and developing the agricultural sector of the People's Republic of China. It is argued that if used correctly, the sanctions imposed will contribute to the development of the domestic market, especially in the agro-industrial complex, which will spur other sectors of the economy.

Keywords: protection, security, law, sanctions, economic measures.

Китайская Народная Республика, находясь под постоянным международным давлением, поэтапно реализует национальную аграрную политику по обеспечению продовольственной безопасности. Начав реформы во второй половине XX в., в XXI в. Китай вошел с динамично развивающимся агропромышленным комплексом. Являясь самой крупной страной в мире по численности населения (около 1,5 млрд человек), Китай по основным

видам продуктов питания достиг уровня самообеспеченности.

Открывая национальный продовольственный рынок иностранным поставщикам сельскохозяйственного сырья и продовольствия, Китай успешно занял место экспортера продовольствия на мировом рынке. Примерами являются Дальний Восток и приграничные территории Российской Федерации и стран СНГ. В своем исследо-

вании В. А. Ерохин и Гао Тяньмин отмечают, что «объем производства продовольствия и сельскохозяйственного сырья в 2018 г. превзошел на 30 % показатель 1996 г. (660 млн тонн). Китай обеспечивает себя зерновыми на 95 %, импорт риса и пшеницы составляют 6 %»¹.

Опыт Китая необходимо использовать нашей стране, так как введенные ограничительные меры странами Запада (секторальные санкции) против Российской Федерации наложили запрет на доступ на рынок капитала, оборудования, вооружения и товаров оборонного сектора двойного назначения, в том числе и на экспорт. В целях защиты интересов граждан и страны в целом Российская Федерация ввела защитные меры экономического специального характера, в соответствии с Федеральными законами от 28 декабря 2010 г. № 390-ФЗ «О безопасности»² и от 30 декабря 2006 г. № 281-ФЗ «О специальных экономических мерах»³.

Федеральный закон «О безопасности» определяет основные принципы и содержание деятельности по обеспечению безопасности государства, предполагает прогнозирование, выявление, анализ и оценку угроз безопасности, разработку и применение комплекса оперативных и долгосрочных мер по выявлению, предупреждению и устранению угроз безопасности, локализации и нейтрализации последствий их проявления; применение специальных экономических мер в целях обеспечения безопасности, организацию научной деятельности и правовое регулирование в области обеспечения безопасности.

Федеральный закон «О специальных экономических мерах» регулирует основу реализации специальных мер экономической направленности, которые основываются на Конституции и законах Российской Федерации, нормах и принципах международного права, международных договорах и соглашениях Российской Федерации, ведомственных нормативных правовых актах. Экономические меры специального характера применяются при возникновении обстоятельств, требующих незамедлительных ответных мер для предотвращения угрозы безопасности и интересам России при нарушении общепризнанных прав граждан России, а также в соответствии с резолюциями Совбеза ООН.

Целями применения мер экономического характера являются защита интересов и обеспечение безопасности России, минимизации и ликви-

дации угрозы населению. Меры экономического характера применяются исходя из принципов обоснованности, законности, объективности, гласности и носят ограниченный временной характер.

Решение по вопросу о применении мер специального экономического воздействия и временных сроках в отношении иностранного государства, граждан и организаций принимается главой государства с учетом предложений Совбеза России, с незамедлительным и обязательным информированием обеих палат Федерального Собрания о принятом решении. Одновременно предложения о применении мер специального экономического воздействия могут вносить на рассмотрение Президента России обе палаты Федерального Собрания.

В своем исследовании Э. Н. Чижиков и В. Н. Лукин отмечают, что «в 2014—2015 гг. из 193 стран (членов ООН) 47 ввели санкции против нашей страны»⁴.

В ответ на введенные санкции против Российской Федерации и в целях защиты национальных интересов Российской Федерации, в соответствии с Федеральными законами «О специальных экономических мерах» и «О безопасности» издан Указ Президента Российской Федерации от 6 августа 2014 г. № 560 «О применении отдельных специальных экономических мер в целях обеспечения безопасности Российской Федерации»⁵.

В соответствии с Указом всем государственным органам, юридическим и физическим лицам во внешнеэкономической деятельности в течение одного года был запрещен импорт продовольствия, сельскохозяйственной продукции и сырья, произведенных в странах, которые ввели экономические санкции против сотрудничества с российскими компаниями и физическими лицами. Указ предписал Правительству РФ определить необходимый перечень продовольствия, сельскохозяйственной продукции и сырья, ввоз которой запрещен, и одновременно принять необходимые меры для предотвращения роста цен в торговых сетях на указанную продукцию, разработать механизм по увеличению предложений аналогичных отечественных товаров.

Во исполнение Указа Правительством РФ издано постановление от 7 августа 2014 г. № 778 «О мерах по реализации Указа Президента Российской Федерации от 6 августа 2014 г. № 560 «О применении отдельных специальных экономических мер в целях обеспечения безопасности

¹ Ерохин В. А., Гао Тяньмин. Продовольственная безопасность Китая: современное состояние и стратегические ориентиры // Маркетинг и логистика. 2019. № 25. С. 2—3.

² СЗ РФ. 2011. № 1. Ст. 2.

³ СЗ РФ. 2007. № 1 (ч. II). Ст. 44.

⁴ Чижиков Э. Н., Лукин В. Н. Стратегическая культура как инструмент национальной безопасности // Национальная безопасность и стратегическое планирование. 2016. № 2-2 (14). С. 94.

⁵ СЗ РФ. 2014. № 32. Ст. 4470.

Российской Федерации»⁶. Постановлением был введен запрет на импорт в течение одного года продовольствия, сельскохозяйственной продукции и сырья, произведенных в Австралии, США, Канаде, странах Европейского союза, Норвегии.

Правительственной комиссии по мониторингу и оперативному реагированию на изменение конъюнктуры продовольственных рынков⁷ во взаимодействии с федеральными органами исполнительной власти и органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации было поручено отслеживать необоснованное повышение цен в торговых сетях и на товарных рынках на продовольствие, сельскохозяйственную продукцию и сырье; организовать контроль и мониторинг за состоянием товарных рынков продовольствия, разработать и осуществить мероприятия для увеличения предложения продовольствия на товарном рынке, обеспечить соответствующую координацию совместной деятельности по недопущению роста цен.

Перечень продукции, запрещенной к импорту в Российскую Федерацию, произведенной в Австралии, США, Канаде, ЕС, Норвегии, приведен в указанном постановлении.

В связи продлением ограничительных мер против Российской Федерации странами Запада, в 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 и 2020 гг. Президентом Российской Федерации изданы указы «О продлении действия отдельных специальных экономических мер в целях обеспечения безопасности Российской Федерации»⁸.

Правительством Российской Федерации в порядке реализации указов Президента Российской Федерации изданы постановления: от 20 августа 2014 г. № 830, от 25 июня 2015 г. № 625, от 13 августа 2015 г. № 842, от 16 сентября 2015 г. № 981, от 21 декабря 2015 г. № 1397, от 1 марта 2016 г. № 157, от 27 мая 2016 г. № 472, от 30 июня 2016 г. № 608, от 10 сентября 2016 г. № 897, от 22 октября 2016 г. № 1086, от 20 мая 2017 г. № 604, от 4 июля 2017 г. № 790, от 25 октября 2017 г. № 1292, от 12 июля 2018 г. № 816, от 26 ноября 2018 г.

№ 1418, от 25 июня 2019 г. № 806, от 7 октября 2019 г. № 1293, от 27 декабря 2019 г. № 1877, от 6 апреля 2020 г. № 453⁹.

Кроме того, изданы постановления Правительства РФ от 31 июля 2015 г. № 774 «Об утверждении Правил уничтожения сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия, включенных в перечень сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия, страной происхождения которых являются Соединенные Штаты Америки, страны Европейского союза, Канада, Австралия и Королевство Норвегия и которые до 5 августа 2016 г. (включительно) запрещены к ввозу в Российскую Федерацию»¹⁰, и от 13 августа 2015 г. № 842 «О внесении изменений в постановление Правительства Российской Федерации от 7 августа 2014 г. № 778 и от 31 июля 2015 г. № 774»¹¹. В них установлены правила по уничтожению продукции, поступающей из стран, против которых введены ответные ограничительные меры.

По официальным данным Россельхознадзора, в рамках исполнения указанных нормативных правовых актов на 9 июля 2018 г. задержано 25 377,23 тонны продукции (растительного происхождения — 24 441,28 тонны, животного происхождения — 935,95 тонны), 25 088,702 тонны из них уничтожены¹².

На заседании Государственного совета 18 сентября 2014 г. по развитию отечественного бизнеса и повышению его конкурентоспособности на мировом рынке в условиях членства России в ВТО, Президент Российской Федерации В. В. Путин заявил, что «введенные против нашей страны ограничения — это не что иное, как отказ от базовых принципов ВТО некоторыми нашими партнерами. Нарушается принцип равенства условий доступа всех стран — участников экономической деятельности к рынкам товаров и услуг, игнорируется режим наибольшего благоприятствования в торговле и принцип справедливой и свободной конкуренции, и делается это все политизированно. Мы понимаем, что есть вещи, которые для наших партнеров являются, видимо, более

⁶ СЗ РФ. 2014. № 32. Ст. 4543.

⁷ Постановление Правительства РФ от 29 октября 2010 г. № 875 «О Правительственной комиссии по мониторингу и оперативному реагированию на изменение конъюнктуры продовольственных рынков» (вместе с Положением о Правительственной комиссии по мониторингу и оперативному реагированию на изменение конъюнктуры продовольственных рынков) // СЗ РФ. 2010. № 45. Ст. 5858.

⁸ СЗ РФ. 2015. № 26. Ст. 3878 ; 2016. № 27 (ч. III). Ст. 4458 ; 2017. № 27. Ст. 4022 ; 2018. № 29. Ст. 4421 ; № 26. Ст. 3415 ; 2020. № 47. Ст. 7510.

⁹ СЗ РФ. 2015. № 26. Ст. 3913 ; 2015. № 33. Ст. 4856 ; № 39. Ст. 5402 ; № 52 (ч. I). Ст. 7620 ; 2016. № 10. Ст. 1426 ; № 23. Ст. 3320 ; № 28. Ст. 4733 ; № 38. Ст. 5546 ; № 44. Ст. 6142 ; 2017. № 22. Ст. 3161 ; № 28. Ст. 4164 ; № 45. Ст. 6659 ; 2018. № 31. Ст. 4996 ; № 49 (ч. VI). Ст. 7622 ; 2019. № 26. Ст. 3457 ; № 41. Ст. 5724 ; 2020. № 1. (ч. I). Ст. 67 ; № 15. (ч. IV). Ст. 2305.

¹⁰ СЗ РФ. 2015. № 31. Ст. 4702.

¹¹ СЗ РФ. 2015. № 33. Ст. 4856.

¹² Официальный сайт федеральной службы по ветеринарному и фитосанитарному надзору. URL: <http://www.fsvps.ru> (дата обращения: 11.01.2021).

важными, чем нормальное состояние мировой экономики. Бог им судья, это их решение. Но мы прежде всего при принятии ответных мер думаем о своих интересах, о задачах развития, о защите своих товаропроизводителей и своих рынков от недобросовестной конкуренции»¹³.

Ответные санкции России дают понять оппонентам, что Россия является ключевой геополитической страной мира, любые политические и экономические санкции принесут ущерб прежде всего странам, которые инициировали их.

Санкции, при правильном использовании, должны способствовать развитию отечественного внутреннего рынка (импортозамещению), особенно в агропромышленном комплексе, который подстегнет и другие сектора экономики. Для этого нужно развивать отечественный агропромышленный комплекс, а не искать новые страны — импортеры продовольствия. Необходимо наращивать производство продукции сельского хозяйства за счет улучшения семенного материала, России необходимо преодолеть порог продовольственной безопасности в соответствии с требованиями Доктрины продовольственной безопасности¹⁴.

Как писал А. М. Малько (директор Россельхозцентра), «в Российской Федерации ежегодно в ходе посевных работ на селе высевают семян на 100—120 млрд рублей. Соответственно, можно считать отечественный рынок семян одним из ведущих в мире и привлекательным для экспортеров из других стран». Для сравнения: в Бразилии этот показатель составляет 2,6 млрд долларов США, в Германии — 1,2 млрд долларов, в Индии — 2 млрд долларов, в Китае — 9 млрд долларов, в США — 12 млрд долларов, во Франции — 3,6 млрд долларов. «В развитых странах семеноводство — налаженный и прибыльный бизнес, ключевой элемент эффективности агропромышленного комплекса. Отечественная отрасль семеноводства в ходе реформирования 1990-х и последующих годов из-за недофинансирования проигрывает в конкуренции поставщикам семян, доля семян в России по импорту составляет 95,7 %»¹⁵.

Уменьшение производства продовольствия, снижение плодородия земли, разрушение налаженной системы семеноводства приводят к нерегулируемому ввозу в Российскую Федерацию продуктов сельского хозяйства и пищевой промышленности по заниженным (демпинговым) ценам. Многократное увеличение импорта продовольственных товаров, свертывание отечественных

производственных мощностей по производству товаров для продовольственного рынка, представляет реальную угрозу стабильности финансовой системы страны и платежному балансу.

В историческом прошлом сельское хозяйство — основная отрасль экономики, ее назначение — обеспечить продуктами питания население, сырьем пищевую промышленность. Взаимодействуя с другими отраслями промышленности, сельское хозяйство образует агропромышленный комплекс, ключевая роль которого — это обеспечение продовольственной безопасности страны. Специфика сельскохозяйственного производства носит сезонный характер, ведется на огромных пространствах, с разнообразным климатом, рельефом и почвой. Природные условия оказывают воздействие на результат и процесс сельскохозяйственного труда, а уровень развития определяется качеством и количеством собранного урожая.

Нашей стране необходимо учитывать опыт зарубежных стран, лидирующих по производству сельскохозяйственного сырья и продовольствия. Особенно интересен опыт Китайской Народной Республики. При равных площадях пахотных земель с нашей страной, Китай, находясь постоянно под международным давлением и санкциями США, обеспечивает продовольствием почти 1,5 млрд граждан, при этом экономически развивается, ежегодно увеличивая валовой внутренний продукт.

Сюй Даньтун и Б. Н. Паньшин отмечают, что «преобразования, начавшиеся в 1990-х гг., способствовали осуществлению перехода от человека как производственной единицы к человеку общества, человеку общины и человеку рынка, обеспечивающему себя социальными благами»¹⁶.

Введение ограничительных мер (санкций) на поставки продовольствия в Российскую Федерацию может привести к дефициту продуктов питания, непредвиденному росту цен и неуправляемой социальной напряженной обстановке в стране. Особая важность продовольственной безопасности заключается в том, что питание является необходимым условием жизнедеятельности человека¹⁷. С целью исключения социальной напряженности после введения ответных ограничительных мер Правительство РФ вынуждено было искать иных импортеров продовольствия.

Система продовольственной безопасности России должна быть готова к импортозамещению, предупреждению и ликвидации угроз, связанных

¹³ Доклад Президента Российской Федерации В. В. Путина на заседании Государственного совета от 18 сентября 2014 г.) // Российская газета. 2014. 19 сентября.

¹⁴ Указ Президента Российской Федерации от 30 января 2010 г. № 120 «Об утверждении Доктрины продовольственной безопасности Российской Федерации» // СЗ РФ. 2010. № 5. Ст. 502.

¹⁵ Малько А. М. Мировой рынок семян и место России в нем // Картофель и овощи. 2013. № 4, С. 3.

¹⁶ Сюй Даньтун, Паньшин Б. Н. Китайская модель реформирования // Наука и инновации. Минск, 2015. № 7/8. С. 29.

¹⁷ Прохожев А. А., Карманова И. А. Регионы России: социальное развитие и безопасность : монография. М., 2004. С. 8.

с нарушением обеспечения населения продовольствием при любых угрозах.

В качестве важнейших критериев, уровня обеспечения продовольственной безопасности Российской Федерации необходимо выделить:

- уровень удовлетворения и обеспечения физиологических потребностей, нужд населения в питании, соответствие рациона потребляемого питания для активной жизнедеятельности и поддержания здоровья;
- степень экономической и физической доступности продовольствия для населения различных групп, ценовую стабильность на отечественном продовольственном рынке;
- уровень обеспечения населения продовольствием и материального обеспечения аграрного сектора от закупок по импорту;
- степень развития отраслей аграрного сектора, потенциал обеспечения воспроизводства;
- размеры государственного продовольственного резерва, стратегических и оперативных продовольственных резервов.

Главным параметром продовольственной безопасности является отсутствие вредных веществ в потребляемом продовольствии для здоровья населения или превышения их допустимых норм, определенных правовыми документами.

Стабильность отечественного продовольственного рынка обуславливается объемами запасов и производства сельскохозяйственной продукции, уровнем розничных и закупочных цен на продукты питания.

Продовольственную безопасность России можно считать достаточной, исходя из того, что удельный вес произведенной продукции отечественным товаропроизводителем по основным видам потребляемой населением продукции в течение года будет не ниже 80 %.

Необходимое количество импорта продовольственных товаров нужно учитывать дифференцированно, исходя из возможности производства агропромышленного комплекса Российской Федерации.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Ерохин В. А., Гао Тяньмин. Продовольственная безопасность Китая: современное состояние и стратегические ориентиры // Маркетинг и логистика. — 2019. — № 25.
2. Доклад Президента Российской Федерации В. В. Путина на заседании Государственного совета от 18 сентября 2014 г. // Российская газета. — 2014. 19 сент.
3. Малько А. М. Мировой рынок семян и место России в нем // Картофель и овощи. — 2013. — № 4.
4. Прохожев А. А., Карманова И. А. Регионы России: социальное развитие и безопасность : монография. — М., 2004.
5. Сюй Даньтун, Паньшин Б. Н. Китайская модель реформирования // Наука и инновации. — Минск, 2015. — № 7/8.
6. Чижигов Э. Н., Лукин В. Н. Стратегическая культура как инструмент национальной безопасности // Национальная безопасность и стратегическое планирование. — 2016. — № 2—2 (14).

社会主义核心价值观《保险法》融入的法源维度分析

Анализ правовых источников внедрения основных социалистических ценностей в «Закон о страховании»

Analysis of the legal sources of the introduction of basic socialist values in the "Law on insurance"

王春梅

天津师范大学法学院
pangdongmei71@163.com

Ван Чунмэй,

профессор Юридического факультета
Тяньцзиньского педагогического университета, КНР
pangdongmei71@163.com

Wang Chunmei,

Professor of Law School
in Tianjin Normal University, China
pangdongmei71@163.com

© Ван Чунмэй, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.064-070

摘要: 从法治角度而言, 倡导社会主义核心价值观入法入规, 无疑需要将作为政策与道德范畴的核心价值观转化和提升到法律规范层面, 使其获得司法、执法和守法的法源性与规范性。但是, 就我国法律实践和社会现实来看, 作为法院裁判依据与主体行为准则的规范依据尚有其他规范类型。是故, 中国《保险法》作为传统商法领域之基本法律, 从立法者中心立场之法源维度而展开的社会主义核心价值观融入, 应当以中国《宪法》和《民法典》为法源基础, 一方面从基本原则和法律规则两个场域将社会主义核心价值观加以融入, 并将社会主义核心价值观在立法目的条款获得呈现, 另一方面需要区分法源规范与非法源规范, 以司法解释作为法源规范之补充, 将社会主义核心价值观融入《保险法》相关司法解释, 以济核心价值观法源规范融入之不足, 充分发挥与践行社会主义核心价值观对我国保险立法、保险实践的引领和指导作用, 有效规范和引导我国保险业健康发展, 展现与落实保险对我国社会主义经济秩序和社会秩序的“稳定器”作用。

关键词: 社会主义核心价值观; 《保险法》融入; 法源; 规范类型

基金项目: 本文是国家社会科学基金重大项目“社会主义核心价值观与我国商事立法完善”(17VHJ001) 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 main socialist values are the soul of socialist legal construction. The introduction of basic socialist values into the construction of the rule of law is an inevitable requirement for maintaining a combination of State governance on a legal basis and State governance on the basis of moral norms, and this is an important way to strengthen the construction of basic socialist values. The promotion of the introduction of basic socialist values into legislation has become an important measure for the introduction of basic socialist values into the construction of law and order and an important way of implementing basic socialist values. From the point of view of the rule of law, upholding the basic socialist values in laws and regulations undoubtedly requires the transformation and elevation of basic values, such as politics and moral norms, to the level of legal norms, so that they can receive a source and normative characteristic of justice, execution and protection.

However, from the point of view of judicial practice and social reality in China, there are other types of norms that serve as the basis for court decisions and the normative basis for the behavior of the subject. Therefore, the "Insurance Law" as the basic law in the field of traditional commercial law, the introduction of basic socialist values developed by a legal source based on the central position of the legislator, and should be based on the Constitution of the Civil Code of China. Here is about the fact that the constitution is the main right and dominant in the legal system of any country.

The content “The state supports the basic socialist values” was added to article 24 “Amendment to the Constitution of the People’s Republic of China”, adopted on March 11, 2018. So that the basic socialist values are raised to the level and height of constitutional norms, and, thus, the defense of the basic socialist values has the highest legal force of the constitution. The Civil Code of the People’s Republic of China is guided by the “Constitution”, and in article 1 “the task of legislation” further proposes and requires “the promotion of socialist core values” and accepts the integration of the civil and commercial codes as a legislative tradition and legislative style.

This is what provides the normative basis of the legal source for the introduction of the Law on Insurance into the basic socialist values. Principles and institutions, as the main forms of manifestation of law in the source of law, have also become two fields in which the basic socialist values are integrated into the Law on Insurance. Field integration at the level of basic principles should be mainly based on the principle of good faith, but based on the characteristics of insurance activity and insurance management, the overall integrity of the core values should be raised to the highest level of maximum integrity in order to offer a higher degree of honesty to insurance entities.

Integration at the level of institutions requires not only the concretization of the principle of maximum integrity, but also the integration of basic values, such as freedom, equality, justice and the rule of law, into specific institutions in order to offer norms of behavior and justice for insurance entities and judicial authorities from the level of a legal source. In addition, from the position of judges in the center of justice, from the legal source, the introduction of basic socialist values has certain disadvantages, therefore, other types of norms besides legal sources should be introduced, such as appropriate judicial explanations about the Insurance Law, in this general field, to help correct the shortcomings of the Insurance Law in the legal source, the full manifestation and implementation of the guiding and guiding role of the basic socialist values in the insurance legislation and insurance practice of China, the effective normalization and leadership of the healthy development of the insurance industry in China, as well as the demonstration and implementation of the contribution of insurance to the socialist economic order of China, and serves as a “stabilizer” of public order.

Keywords: basic socialist values; introduction to the “Law on Insurance”; legal source; classification of normative acts.

“法源”亦即法律渊源之简称，意指有效力的法律的表现形式。在中国这样的制定法国家，法源在范围上限于《宪法》和《立法法》所规定的法的表现形式。¹《保险法》作为法律层面的法之表现形式，自然属于法源范畴。从法源维度分析社会主义核心价值观之《保险法》融入，不仅因法源是法学理论与法学学科中的基础性概念，更因法源范畴的法之表现形式为民商事主体与法院提供了有效力的行为规则与裁判规范。在我国倡导“社会主义核心价值观是社会主义法治建设的灵魂。把社会主义核心价值观融入法治建设，是坚持依法治国和以德治国相结合的必然要求，是加强社会主义核心价值观建设的重要途径”之当下，²推动社会主义核心价值观入法入规成为将社会主义核心价值观融入法治建设的重要举措和践行社会主义核心价值观的重要方式。而“入法入规”就是把社会主义核心价值观纳入法源范畴的法的表现形式之中，亦即“要坚持以社会主义核心价值观为引领，恪守以民为本、立法为民理念，把社会主义核心价值观的要求体现到宪法法律、法规规章和公共政策之中，转化为具有刚性约束力的法律规定。”³

当然，将社会主义核心价值观融入法源范畴之法的表现形式，涉及社会主义核心价值观入法入规的基本方式。对此，《关于进一步把社会主义核心价值观融入法治建设的指导意见》（以下简称《意见》）指出：“深入分析社会主义核心价值观建设的立法需求，把法律的规范性和引领性结合起来，坚持立改废释并举，积极推进相关领域立法。”⁴之后，中共中央又在其印发的《社会主义核心价值观融入法治建设立法修法规划》（以下简称《规划》）中进一步着力要求和推进“把社会主义核心价值观融入法律法规的立改废释全过程，推动社会主义核心价值观全面融入中国特色社会主义法律体系，筑牢全国各族人民团结奋斗的共同思想道德基础。”⁵由此，“立改废释”就成为把社会主义核心价值观融入法律法规，获得法源性、与规范性的基本方式。

时值我国《保险法》修订之际，如何将社会主义核心价值观融入我国《保险法》，使社会主义核心价值观获得《保险法》的法源依据，就成为充分践行社会主义核心价值观，坚持依法治国和以德治国，落实和贯彻《意见》与《规划》要求，完善社会主义法律体系的重要环节，同时也是维护保险市场公平竞争和保险合同效力，有效分散和化解社会风险、维护社会秩序和谐稳定，以及平衡保险人和保险消费者利益的有力举措。

¹ 刘作翔：“法源”的误用——关于法律渊源的理性思考，《法律科学》2019年第3期，第4页。

² 关于进一步把社会主义核心价值观融入法治建设的指导意见，《人民日报》2016年12月26日。

³ 关于进一步把社会主义核心价值观融入法治建设的指导意见，《人民日报》2016年12月26日。

⁴ 关于进一步把社会主义核心价值观融入法治建设的指导意见，《人民日报》2016年12月26日。

⁵ 社会主义核心价值观融入法治建设立法修法规划。

一、社会主义核心价值观《保险法》融入的法源基础

无论就历时性而言,还是就共时性而言,各个时代、各个国家的立法和法律都不仅仅是纯粹法律思维的产物,而是嵌入与融合着某些价值准则、道德理念、道德共识等。这些价值准则、道德理念、道德共识必然反映和呈现其所处时代、所属国家和民族的某种特性,亦即时代精神、时代特色。但是,这些时代精神、时代特色融入其立法和法治建设的做法略有差异,如以美国和法国为代表的国家采取入宪模式,而以澳大利亚为代表的国家则采取入法模式。⁶社会主义核心价值观作为凝聚我国当代价值共识与道德风尚的时代精神呈现,其对我国法治建设的立法融入则既包括宪法层面,也包括法律法规层面,由此体现出社会主义核心价值观立法融入的全面性与深入性。职是之故,社会主义核心价值观《保险法》融入的法源基础就包括宪法和民事基本法两个层面。

一方面,社会主义核心价值观《保险法》融入的宪法基础。《宪法》在任何一个国家的法律体系中都居于根本法和统帅地位。我国《宪法》是我国社会主义法律体系的统帅与核心,社会主义核心价值观入法必须首先进入《宪法》,并且已经通过宪法修正案的方式获得了实现。2018年3月11日,十三届全国人大一次会议通过了《中华人民共和国宪法修正案》,在第24条增加“国家倡导社会主义核心价值观”,使得对社会主义核心价值观的倡导不再仅仅停留于道德规范层面,而是上升至宪法规范的层面与高度,并由此使对社会主义核心价值观的倡导具有了宪法的最高法律效力。

在《宪法》将社会主义核心价值观融入其中之后,各领域立法必然面临如何通过立改废释将社会主义核心价值观融入的问题,并由此成为《保险法》融入社会主义核心价值观的宪法规范基础。

另一方面,社会主义核心价值观《保险法》融入的《民法典》基础。宪法效力具有优先级,其“国家倡导社会主义核心价值观”之规定无疑对民商法领域的立法融入具有示范和统领作用,但社会主义核心价值观融入立法规范却始于2017年3月15日第十二届全国人民代表大会第五次会议通过,并于2017年10月1日生效实施的《民法总则》,其第1条明确规定:“为了保护民事主体的合法权益,调整民事关系,维护社会和经济秩序,适应中国特色社会主义发展要求,弘扬社会主义核心价值观。”社会主义核心价值观由此以立法目的条款的形式被写入《民法总则》之中,获得了民事基本法的法源性与规范性。之后,按照我国《民法典》制定“两步走”战略,社会主义核心价值观又被融入《民法典》之中,成为我国第一部以“典”命名的民事基本法律的核心价值指引。此外,《民法典》在第4条至第10条规定的平等、自愿、公平、诚信、公序良俗和绿色原则,以及各编中的某些具体规则,如总则编中意思表示和民事法律行为之规定,物权编中第286条业主行为符合节约资源、保护生态环境要求之规定,以及合同编第619条出卖物包装方式应当符合绿色要求等,与社会主义核心价值观之平等、自由、公正、诚信、法治、和谐等价值是完全一致的,亦可以视为对核心价值观的升华转化与基本原则及规则固化,从而展现出《民法典》以民为本、崇尚自由、尊重和权利之内核与价值意蕴。

《民法典》作为民事基本法,遵循和秉持民商合一的立法传统与立法体例,其对社会主义核心价值观的融入不仅为民事领域的其他立法提供法源性和规范性基础,发挥和具有引领和指导作用,对包括《保险法》在内的商事领域的立法亦具有示范和引领作用,是商事领域立法融入社会主义核心价值观的法源规范基础。

二、社会主义核心价值观《保险法》融入之法源场域

法律体系由法律概念、法律原则与法律规则构成,而作为法源形态的法的表现方式主要由原则和规则构成。诚如各种时代精神进入法律秩序总是需要一定的关口,⁷社会主义核心价值观融入《保险法》亦需要一定的关口与场域,这即《保险法》的基本原则和具体规则,以此才能使社会主义核心价值观获得《保险法》的法源性与裁判之规范性。

法律原则蕴含、彰显与承载了一部法律的精神理念与价值意旨,贯穿和指导立法、司法和守法始终,协调和统帅着各项具体规则,发挥着行为指引、阐释法律和漏洞填补等功能,具有抽象性、概括性、统帅性等表征,与社会主义核心价值观具有高度契合性,可以很好地将社会主义核心价值观转化和融入到法律基本原则之中。

不过需要注意,社会主义核心价值观具有多元性与层次性,将社会主义核心价值观转化和融入法律基本原则,并不意味着将12个核心价值观全部转化和融为基本原则,而应当根据作为融入对象的该部法律的调整对象、调整方法,以及其立法目的进行考量确定。

《保险法》作为商事领域的重要立法,以规范保险活动,保护保险活动当事人合法权益,加强保险业监督管理,维护社会经济秩序和社会公共利益,促进我国保险业健康发展为立法宗旨。⁸而作为《保险法》规范和调整的保险活动以及保险业发展是否规范与稳健,不仅关涉当事人利益,更关涉我国社会经济秩序的良好运行,关涉人民人身、财产安全保障,关涉国家的富强昌盛与和谐发展,即与社会主义核心价值观之国家层面的价值目标是完全一致的。但是,富强、民主、文明、和谐虽然可以作为保险活动与保险业发展的价值目标与运营结果,但不宜将其转化为保险法基本原则。相反,保险活动与保险业稳健发展所欲追求的富强、和谐目标除了要通过守法经营,尊重社会公德和社会公共利益得以实现外,更主要仰赖于保险活动当事人及相关主体的诚信行为和诚信经营。也就是说,诚信是保险活动和保险业健康和稳健发展的基石,与核心价值观之诚信价值完全契合,将诚信价值转化与融入保险法之诚信原则价值同一、逻辑自治。

⁶ 金梦:核心价值观入法的立法样态研究,《江海学刊》2019年第2期,第157-158页。

⁷ [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第336页。

⁸ 《中华人民共和国保险法》第1条。

当然,由于保险活动和保险经营的自身特点,要求当事人具有更高的诚信度,即最大诚信,这无疑拔高了核心价值观之一般诚信。因此,核心价值观之诚信转化和融入《保险法》中的最大诚信原则时,需要遵循《保险法》对当事人的主观诚信要求,并以此规范和指引其行为,而不应囿于一般诚信,否则将可能受到规则的否定性评价,从而发生对其不利的法律后果。

法律规则是基本原则的贯彻与落实,为主体行动和法院裁判案件提供规则供给。而且,法律规则与作为凝聚全党全社会价值共识及全体人民价值判断“最大公约数”的社会主义核心价值观⁹是十分一致的。因为,“事实上,法律的规则是在人们共同意愿基础上制定的。它是实施疏导的‘建筑’;它是积极有力的力量,正如规范运河流向的航道;它将规定了堤岸内河水的流向,指挥着洪流在堤岸里流动。”¹⁰诚信价值观融入最大诚信原则虽然可以为《保险法》及其实践应用提供了价值支撑与价值指引,但却不能直接主体行动与司法裁判提供规则供给。因此,社会主义核心价值观还需要在规则层面进行具体融入,为保险活动当事人和司法机关提供法源性的行为规则与裁判规范。

应该说,在诚信价值观融入《保险法》之前,已经存在诚信原则的规则落实,如《保险法》第16条如实告知义务规则、第23条保险理赔和赔偿、给付保险金规则、第27条保险欺诈规则,以及第116条、第131条保险公司及其工作人员行为规范和保险代理人、保险经纪人行为规范的禁止规则等。不过,这些规则欠缺核心价值观层面的价值指引与支撑,亦无法获得核心价值观的内涵与理据,故仍然需要诚信价值观的融入与阐释,使其作为行为规范与裁判规范时,获得核心价值观的内核与支撑,进而可以在行为指引与裁判说理中发挥教育说教和补强说理之功能,¹¹提高规则和裁判的可接受性。

与此同时,《保险法》还应当在既有规则基础上,将社会主义核心价值观进一步进行规则融入,即可以在《保险法》修订过程中,将保险实践中某些彰显和契合诚信价值观,又比较成熟、民主、合理的规范类型与规范内容吸收和转换为保险法律规则,完成规范转型与升华。例如以最大诚信原则为法理基础的如实告知义务不是《保险法》的重要内容,也是保险实践中发生纠纷较多的问题,我国司法实践积累了较为丰富的经验,最高院在《保险法》司法解释二、三、四中均有涉及,可以借《保险法》修订之机,将相应司法解释的规定转化为《保险法》的规定,一方面细化如实告知义务规则,改变我国宜粗不宜细的传统立法取向,提高《保险法》的可操作性与实施性,另一方面体现诚信价值观的规则融入。再如最高院《保险法解释二》第7条在总结审判实践基础上规定的保险人弃权规则,其法理基础亦为最大诚信原则,契合诚信价值观,也可以植入《保险法》,弥补我国《保险法》保险人弃权规则之缺失。此外,关于保险人说明义务、防范道德风险、保险人抗辩,以及保险合同订立时代签名、见费出单等司法解释的规定,都直接或间接体现着诚信价值观,亦可以考虑以适当的方式纳入《保险法》,成为诚信价值观的法源规范。

在此需要注意,在将社会主义核心价值观进行规则融入时,除诚信价值观外,还应当将自由、平等、公正、法治等核心价值观予以融入。自由、平等、公正、法治作为社会层面的价值取向,亦是法的主要价值。但是,由于保险合同的格式性,以及国家对保险业的监管性,尤其有时为了维护社会秩序和社会公共利益,维护公正和法治价值,需要对保险活动当事人的意志自由进行某些限制与剥夺,由此可能影响和限制了自由、平等、公正、法治等核心价值观在保险活动和保险经营中的呈现与作用发挥,使其不能转化为《保险法》的基本原则,但这不影响将自由、平等、公正、法治等核心价值观融入具体规则之中。例如人身保险合同中受益人的指定和变更体现着投保人和被保险人的意志自主,故我国《保险法》第39条和第41条将受益人的指定权与变更权赋予给投保人和被保险人。当然,由于被保险人是人身保险合同的保障对象,故《保险法》将指定和变更受益人的最终权利交给被保险人,即投保人指定和变更受益人需要取得被保险人的同意。但是,在实践中,不仅受益人的指定及其认定颇为复杂,而且投保人和被保险人变更受益人是否需要取得被保险人的同意,以及何时发生变更受益人的效力也存在不同认识,如何解决这些问题不仅事关投保人、被保险人和受益人的利益,也事关自由、法治价值观的规则融入与践行,故为了尊重和维护投保人与被保险人的意志自主,践行自由价值观,可以将《保险法解释三》第10条关于受益人变更的效力的规定引入《保险法》第41条,同时为与《民法典》总则编、合同编中意思表示到达生效规则一致,可以规定:“投保人和被保险人有权变更受益人,但投保人变更受益人须经被保险人同意。投保人或者被保险人变更受益人应当以书面形式通知保险人,由保险人在保险单或者其他保险凭证上批注或者附贴批单。受益人自投保人或者被保险人变更受益人的书面通知到达保险人时发生变更。发生保险事故时,保险人应当向变更后的受益人给付保险金。未书面通知保险人的,投保人或者被保险人变更受益人的意思表示对保险人不发生效力,发生保险事故的,保险人应当向保险合同载明的受益人给付保险金。”同时,可以将《保险法解释三》第9条、第11条等关于受益人指定和认定规则引入《保险法》,以体现和落实对公正、法治核心价值观的融入与践行。

此外,平等价值观也应当进一步融入和转化到《保险法》规则之中。如前所述,平等亦应是《保险法》的重要价值理念,保险活动的当事人在法律上也应当处于平等地位,但由于保险合同的技术性、格式性,以及保险公司相对于投保人、被保险人与受益人的经济优势等,导致后者往往在保险实践中遭遇诸多不平等,其合法利益常常得不到应有的保护。盖因如此,我国2009年修订《保险法》时,一个很重要的指导思想与价值取向就是加强对投保人、被保险人和受益人的利益保护,并在保险合同成立时间、投保人违反如实告知义务时保险人解除权的限制、保险合同格式条款的规制、保险人理赔程序与时限要求等规定中获得

⁹ 刘风景:核心价值观建设的法治之维,《中国社会科学院研究生院学报》2015年第4期,第64页。

¹⁰ [美]约翰·杜威:《公众及其问题》,本书翻译组译,复旦大学出版社2015年版,第57页。

¹¹ 周尚君、邵珠同:核心价值观的司法适用实证研究---以276份民事裁判文书为分析样本,《浙江社会科学》2019年第3期,第43页。

落实与呈现。但是，伴随着保险业在我国经济社会发展中的作用越来越显著，保险业从保险大国向保险强国迈进的同时，保险纠纷的数量亦持续增长，投保人、被保险人和受益人的利益保护面临着更多的新情况、新问题。正是基于这样的背景，最高院先后发布了四个保险法司法解释，遵循的基本原则之一就是在平衡各方利益的同时，强化对投保人、被保险人和受益人的利益保护，意在于矫正保险活动双方当事人之间失衡的法律地位，促进保险业和金融业健康发展。鉴于此，本次《保险法》修订仍然需要秉持以人为本理念，强化对投保人、被保险人和受益人的利益保护，践行和融入平等价值观。例如死亡保险合同的效力涉及被保险人生命利益的保障及受益人长期期待利益能否实现问题，故为保障被保险人利益，《保险法》第34条第1款规定此类合同必须经被保险人同意并认可保险金额方能获得法律效力，但对于被保险人作出同意和认可的形式、时间，以及被保险人的何种意思表示或者行为可以被认定为其同意与认可却欠缺明确规定。更为严重的是，被保险人作为死亡保险合同的保障对象，并不享有合同解除权，但其一旦以某种方式向投保人作出同意和认可，从而使死亡保险合同成立并生效之后，即便其与投保人、受益人关系恶化，曾经的深厚情感不复存在，但《保险法》却没有给其提供任何终止死亡保险合同的法律途径与手段，这无疑将使生命面临和陷入极大的道德风险之中。因此，有必要以平等价值观为指导和价值理念，细化死亡保险合同同意和认可规则，赋予被保险人以适当方式终止死亡保险合同的法律手段，维护其生命利益。这实际上也是《保险法解释三》第1条和第2条规范之意旨，可以将相应内容植入《保险法》之中。

再如在我国经济持续发展态势下，财产保险合同保险标的转让频繁发生。对于因保险标的转让而引起的保险合同变更，我国1995年和2002年《保险法》第33条采通知-同意主义，¹²规定除货物运输保险合同和保险合同另有约定外，投保人应当将保险标的转让的事实通知保险人，并经保险人同意继续承保后发生变更合同的效力，保险标的的受让人享有保险合同的权利义务。但是，在现实生活中，由于保险标的转让和通知保险公司之间存在时间差，如果在保险标的转让之后，完成转让通知之前发生保险事故，无论是受让人还是转让人向保险公司申请索赔，保险公司都可能依据《保险法》关于保险利益的规定，¹³否定其具有保险利益而拒赔，使被保险人的利益无法得到应有的保护。基于此，2009年《保险法》修改时抛弃通知-同意模式，改采权利义务直接承继模式，通知不再影响受让人对保险合同权利义务的承继，更无需保险人同意。对于因保险标的转让而造成的保险标的风险增加，赋予保险人以增加保险费或者解除合同的权利，同时规定如果被保险人、受让人未履行转让通知义务，对因转让导致保险标的的危险程度显著增加而发生的保险事故，保险人有权拒绝承担赔偿责任。应说，这一修改在很大程度上细化了保险标的转让规则，更有利于被保险人和受让人利益保护。但是，面对复杂的实践，这一规定仍然显得颇为概括，并常因此引发纠纷。如以机动车转让为例，我国《物权法》实行登记对抗模式，¹⁵同时以交付为动产物权变动的公示方式与效力发生时点。¹⁶由此，《保险法》第49条中所规定的“转让”就可能面临交付与登记不一致的情况。此时，一旦发生保险事故，是取得交付的该机动车的受让人，还是登记名义人对该机动车具有保险利益，并依据第49条主张被保险人的权利就将引发分歧。再者，第49条中的“转让”无法涵盖保险标的因被保险人死亡而被继承的情况。如此，在被保险人死亡时，其继承人能否承继被保险人在保险合同中的权利义务亦成为问题。职是之故，可以借鉴《保险法解释四》相关规定，¹⁷以平等价值观为价值支撑与指引，细化保险标的的转让规则，注重对被保险人和受让人的利益保护，平衡保险活动相关主体的利益。

在修订《保险法》时，除了以原则和规则为场域与关口融入社会主义核心价值观之外，还要考虑是否将社会主义核心价值观融入立法目的条款问题。立法目的是一部立法的核心、灵魂与价值指引，如果能够将社会主义核心价值观融入立法目的条款，无疑将极大地提升社会主义核心价值观法源融入的地位，更好地发挥核心价值观的规范和指引作用。但问题在于，是否每一部法律都需要将社会主义核心价值观融入其立法目的条款？如果是那样，则将形成不同立法的规范和调整对象虽然不同，但立法目的却趋同的结果，这也是不科学、不合理的。因此，是否需要将社会主义核心价值观融入立法目的，需要根据该法的调整对象、调整特点及其价值理念综合考量。就《保险法》而言，似有必要将社会主义核心价值观融入其立法目的条款。如前所述，我国《保险法》第1条所规定和描述的“保护保险活动当事人合法权益，加强保险业监督管理，维护社会经济秩序和社会公共利益，促进我国保险业健康发展”的立法宗旨，不仅十分契合社会主义核心价值观之国家目标，而且契合核心价值观之社会取向与个人行为准则，完全可以将社会主义核心价值观融入其立法目的条款，以更好地践行社会主义核心价值观。

三、社会主义核心价值观《保险法》融入之规范补充

古希腊思想家亚里士多德说过：“法治优于一人之治。法治应该包含两重含义：已制定的法律获得普遍服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”¹⁸在我国已经基本建立起较为完善的社会主义

¹² 1995年和2002年《保险法》第33条：保险标的的转让应当通知保险人，经保险人同意继续承保后，依法变更合同。但是，货物运输保险合同和另有约定的合同除外。

¹³ 1995年《保险法》第11条和2002年《保险法》第12条第1款、第2款：投保人对保险标的应当具有保险利益。投保人对保险标的不具有保险利益的，保险合同无效。

¹⁴ 2009年《保险法》第49条。

¹⁵ 《物权法》第24条：船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。

¹⁶ 《物权法》第23条：动产物权的设立和转让，自交付时发生效力，但法律另有规定的除外。

¹⁷ 《保险法解释四》第1条、第2条、第3条和第5条。

¹⁸ [古希腊]亚里士多德：《政治学》，商务印书馆1965年版，第199页。

义法律体系之当下,将社会主义核心价值观融入《保险法》,不仅可以完成社会主义核心价值观的规范类型转化与法源维度提升,使其获得法律的规范属性与法律效力,而且可以进一步深化《保险法》的伦理基础与价值理念沉淀,更好地维护保险活动当事人的合法权益,促进保险业健康发展,推动和实现保险实践领域的良法善治。但是,就我国法律实践与社会现实来看,作为民商事主体行为准则与法院裁判依据的规范类型不限于法源维度的法的表现形式,亦有其他类型的规范依据存在。职是之故,社会主义核心价值观融入法治建设不仅仅限于法源层面,还要在其他规范层面进行融入,以补充法源维度融入之弊端,更好地发挥社会主义核心价值观之规范、指引作用。

在此有必要区分作为法源的规范类型与法源之外的其他规范类型。规范是人类构建和维护秩序社会的重要工具性手段。人类社会秩序亦是法律规范、道德规范、宗教规范,以及其他社会规范共同作用与运行的结果,只不过近代现代社会中的法律规范日益发展成为控制社会的主要手段。此处所指规范意指法律规范,但却存在着立法者中心和司法者中心的立场差异。在我国话语体系下,通常所谓的法律规范,“基本上是在立法者中心的立场上来认识的,可以称作是一种立法者中心的法律规范概念。”¹⁹这是典型的大陆法系传统认识与立场,前文所论社会主义核心价值观《保险法》融入的法源维度亦是以此种立场为立论基础的。不过,如果从英美法系司法者中心的立场看,法官对法律规范的创制亦发挥着重要的作用与影响,判例在制定法之外亦具有法律规范的属性与地位。就我国而言,虽然最高院于2010年11月发布了《关于案例指导工作的规定》,并陆续公布了一些指导性案例,逐渐建立起案例指导制度,但我国仍然是典型的制定法国家,指导性案例仅仅具有参照和指导作用,既不能作为法官裁判案件的依据,也不能获得法的规范性和效力强制性。但是,在我国却有一种较为特殊的规范形式,即司法解释,其无法归入我国《宪法》和《立法法》所规定的法源之中,却是司法实践中法官裁判案件的重要依据,并在社会生活中切实发挥法规范的作用。为界分作为法源的法律规范与法源之外的其他法规范,刘作翔教授创设性地提出了“规范体系”概念,认为“规范体系概念的最大优点就在于它能够囊括现有的所有规范类型。规范体系是一个比法律体系的内容更为庞大的体系,但法律规范是规范体系大家庭成员之一,且是首先的和首要的,并不是在其外。‘法律’是‘规范’之一种,此外还存在其他规范。”²⁰

司法解释即属于规范体系中的重要规范类型,其不同于立法解释。大体说,司法解释与立法解释同属于法律解释范畴,但立法解释作为“完善立法的重要手段,是发展立法的重要途径,是沟通立法与执法、司法的重要方式”,²¹具有与立法相同的法律效力,故可以纳入法源规范范畴,而司法解释只是“一种完善、补充法律的重要手段,是介于立法和法律实施之间促进法律实施的一种技术”。²²我国《立法法》虽然在附则中规定了司法解释的备案制度,但其不能被归入作为法源的法律规范体系之,²³只能作为规范体系中的规范类型而存在和发挥作用。

在保险实践领域,《保险法》和相关司法解释都发挥着重要的规范作用,故司法解释亦是社会主义核心价值观融入保险法的重要规范场域与关口。社会主义核心价值观在《保险法》层面的融入与司法解释层面的规范融入相互补充、相得益彰,可以更好地发挥社会主义核心价值观对保险活动与保险业的规范和指引作用。

当然,由于司法解释多为法律实施层面的适用与操作规范,多表现为具体的法律规则,故作融入场域而言,社会主义核心价值观在保险法司法解释层面的融入主要表现为规则融入,具体融入的核心价值观及相应的规则内容一方面取决于《保险法》规则本身有无及其规范细致程度,另一方面取决于社会发展给《保险法》规范实施带来的问题与影响,限于篇幅不过多展开。

此外,习惯、政策亦属于可以作为司法裁判依据的规范体系之规范类型,我国自2017年颁布实施的《民法总则》第10条开始承认习惯的规范地位,并为《民法典》所沿袭。²⁴但是,习惯源于民众社会生活的长久养成,似无涉社会主义核心价值观之融入。而社会主义核心价值观本身即属于政策,虽然《民法总则》及《民法典》取消了政策的规范地位,²⁵但根据我国学者调查研究,在司法实践中,法官却常常单独适用或者与复合适用社会主义核心价值观裁判案件,从而发挥社会主义核心价值观价值宣示、教育说教、补强说理与说理依据的功能,²⁶由此也提出了在《民法典》生效实施之后,以政策为裁判依据和规范基础是否妥适的问题。

¹⁹ 李旭东:《法律规范理论之重述—司法阐释的角度》,山东人民出版社2007年版,第7页。

²⁰ 刘作翔:“法源”的误用---关于法律渊源的理性思考,《法律科学》2019年第3期,第7页。

²¹ 周旺生:《立法研究》(第1卷),法律出版社2000年版,第340页。

²² 蒋传光:关于推动社会主义核心价值观入法入规的思考,《学习与探索》2017年第8期,第88页。

²³ 刘作翔:“法源”的误用---关于法律渊源的理性思考,《法律科学》2019年第3期,第7页。

²⁴ 《民法典》第10条规定:处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。

²⁵ 《民法通则》第6条规定:民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。依据这一规定,政策曾经一度是我国法院裁判案件的规范基础,但《民法总则》和《民法典》第10条在规制和赋予习惯以规范地位的同时,取消了政策的规范地位。

²⁶ 周尚君、邵珠同:核心价值观的司法适用实证研究---以276份民事裁判文书为分析样本,《浙江社会科学》2019年第3期,第42-43页。

参考文献:

1. [德]伯恩·魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2013 年版
2. [美]约翰·杜威：《公众及其问题》，本书翻译组译，复旦大学出版社2015年版。
3. [古希腊]亚里士多德：《政治学》，商务印书馆 1965 年版。
4. [美]罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，商务印书馆2010年版。
5. 周旺生：《立法研究》（第1卷），法律出版社2000年版。
6. 李旭东：《法律规范理论之重述---司法阐释的角度》，山东人民出版社2007年版。
7. 刘作翔：“法源”的误用---关于法律渊源的理性思考，《法律科学》2019年第3期。
8. 金梦：核心价值观入法的立法样态研究，《江海学刊》2019年第2期。
9. 刘风景：核心价值观建设的法治之维，《中国社会科学院研究生院学报》2015年第4期。
10. 周尚君、邵珠同：核心价值观的司法适用实证研究---以 276 份民事裁判文书为分析样本，《浙江社会科学》2019年第3期。
11. 蒋传光：关于推动社会主义核心价值观入法入规的思考，《学习与探索》2017年第8期。

Роль мягкого права при сотрудничестве Китая и России The role of soft law in cooperation between China and Russia

Лун Чанхай,

кандидат юридических наук (РФ),
постдоктор юридических наук (КНР),
профессор Юридического института
Университета Внутренней Монголии, КНР
pangdongmei71@163.com

Lun Chanha,

Cand. Sci. (Law) (Russian Federation),
Postdoctor of Legal Sciences (China),
Professor of the Law Institute
of the University of Inner Mongolia, China
pangdongmei71@163.com

© Лун Чанхай, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.071-073

Аннотация. Для продвижения строительства экономического коридора «Китай — Монголия — Россия» необходимо рассмотреть возможность взаимодействия на институциональном уровне, создать институты, способствующие благосостоянию народов Китая и России и установлению взаимного доверия между народами. Мягкое право является эффективным способом как можно скорее повысить уровень взаимного доверия и содействовать строительству экономического коридора «Китай — Монголия — Россия».

Ключевые слова: мягкое право, китайско-монгольско-российский экономический коридор, жесткое право, неформальный институт.

Abstract. In order to promote the construction of the China-Mongolia-Russia economic corridor, it is necessary to consider the possibility of joining at the institutional level, it is necessary to create institutions that contribute to the common well-being of the peoples of China and Russia and the establishment of mutual trust between the peoples. Soft law is an effective way to improve the level of mutual trust as soon as possible and promote the construction of the China — Mongolia — Russia economic corridor.

Keywords: soft law, Chinese — Mongolian — Russian economic corridor, hard law, informal institution.

В создании экономического коридора «Китай — Монголия — Россия» достигнуты плодотворные результаты, однако в процессе его совместного создания также выявлены некоторые проблемы, которые необходимо разрешать на институциональном уровне. При благоприятном фоне отношений Китай и Россия, которые являются крупнейшими соседями на континенте, разумеется, должны быть очень тесные связи в инвестиционном сотрудничестве, в региональном сотрудничестве, но реальная ситуация складывается не так хорошо, как этого хотелось бы.

В научных кругах Китая сотрудничество между правительствами Китая и России обозначено как «лето в политике и зима в экономике», а российские ученые считают, что в процессе ки-

тайско-российского сотрудничества существует такое явление, как подъем в высших эшелонах власти и «низкая вода в народе»¹. Хотя китайские и российские ученые описывают положение китайско-российского сотрудничества, используя разные слова, на деле они имеют один и тот же смысл. Если здесь не будет перемен, это напрямую повлияет на преемственность, стабильность и развитие китайско-российского сотрудничества. В регионах Дальнего Востока и Забайкалья, хотя они и граничат с Китаем, в народе коммерческая связь с китайским бизнесом все еще воспринимается с некоторой настороженностью.

Настороженность, которая существует в процессе сотрудничества между Россией и Китаем, является одной из важных причин неудовлетво-

¹ Скосырев В. Россия остается на обочине Нового шелкового пути // Независимая газета. 28.10.2018.

рительного развития китайско-российского сотрудничества. Россия также обеспокоена естественным притоком китайских граждан в Россию. В вопросе о китайских инвестициях социальная позиция России сбивчива: она хочет использовать инвестиции Китая для развития российской экономики и испытывает сильное чувство недоверия к китайским инвестициям. Строительство Китаем водоочистой фабрики на Байкале вызвало много сомнений у россиян и ответные меры, принятые Правительством России, что является конкретным проявлением противоречивого менталитета России в отношении китайских инвестиций.

Если мы не сможем эффективно повысить доверие в процессе китайско-российского сотрудничества и поднять уровень взаимодействия между гражданами, это ослабит основу китайско-российского сотрудничества, возникнут опасения относительно участия частного капитала в китайско-российском сотрудничестве. Без поддержки частных инвестиций, без желания сотрудничать и инвестиционной готовности очень трудно поддерживать здоровое и стабильное развитие китайско-российской торговли. Недостаточное доверие в процессе сотрудничества Китая и России приведет к отсутствию должной цикличности в развитии проекта «Пояс и Альянс».

Доверие является ключевым элементом в развитии межличностного общения. Отсутствие или недостаток доверия неизбежно приведут к ослаблению межличностных связей. В процессе строительства китайско-монгольско-российского экономического коридора развитие сотрудничества не было удачным. Важной причиной, которая привела к недостижению ожидаемых результатов, стал недостаток доверия между населением в Китае, России и Монголии. Недостаток доверия неизбежно вызовет безынициативность людей, вовлеченных в строительство экономического коридора, снижение энтузиазма, что заставит инвесторов беспокоиться о безопасности инвестиций.

Чтобы преодолеть трудности, возникающие при строительстве экономического коридора, мы должны воспринимать повышение взаимного доверия как прорыв. Для продвижения строительства экономического коридора «Китай — Монголия — Россия» необходимо рассмотреть возможность стыковки на институциональном уровне, создать институты, способствующие общему благосостоянию народов Китая и России и установлению взаимного доверия между народами.

Это лучший способ гарантировать строительство экономического коридора «Китай — Монголия — Россия» в условиях верховенства закона². Тем не менее жесткое право (формальное право)

усложняет защиту проекта экономического коридора по двум причинам. Жесткое право относится к сфере государственного законодательства и требует координации на государственном законодательном уровне, и каждая страна внесет соответствующие изменения в свое жесткое право, на основе своих национальных условий.

Хотя международные факторы оказывают определенное влияние на государственное законодательство, но часто не они определяют внутреннее законодательство. Существуют большие трудности при стыковке жесткого права трех стран: Китая, Монголии и России.

Чтобы способствовать плавному стимулированию строительства экономического коридора «Китай — Монголия — Россия», в случае слабых официальных гарантий системной политики, необходимо рассмотреть вопрос о создании неформальных институтов. Обеспечение работы неформальных институтов для строительства экономического коридора «Китай — Монголия — Россия» будет способствовать связи между народами Китая, Монголии и России и укреплению взаимного доверия между тремя странами. Доверие между народами трех стран неизбежно, в свою очередь, будет способствовать сопряжению формальных институтов Китая, Монголии и России.

Поскольку неформальные институты состоят из таких элементов, как привычки, обычаи и идеология, процесс стыковки и интеграции неформальных институтов Китая, Монголии и России будет чрезвычайно долгим. Это явно не согласуется с нынешними темпами продвижения строительства китайско-российского экономического коридора. Поэтому в срочном порядке необходимо найти эффективный путь продвижения сопряжения неформальных институтов в строительстве экономического коридора «Китай — Монголия — Россия» и, таким образом, укрепить взаимное доверие между китайским, российским и монгольским народами.

Мягкое право, являющееся составной частью формальных институтов, характеризуется простотой управления, хотя не обладает обязательной силой и не имеет таких гарантий государства, как жесткое право, но оно может быть результативно реализовано, что не свойственно жесткому праву, является эффективным способом быстро повысить уровень взаимного доверия и содействовать строительству экономического коридора «Китай — Монголия — Россия».

Мягкое право (относящееся к категории права) также является ресурсом, который может использоваться и контролироваться тремя странами: Китаем, Монголией и Россией³. Следовательно, если

² Цзян Анцзе. Ученые обсуждают правовое мышление и правовые услуги относительно «Одного пояса и одного пути» // Газета законности. 23.12.2015.

³ Хань Юнхун. О механизме обеспечения сотрудничества международного мягкого права // Современное право. 2016. № 4.

сотрудничество между Китаем, Монголией и Россией в области мягкого права будет более контролируемым и эффективным, это может значительно улучшить интеграцию обычаев, привычек и идеологий трех стран. Благодаря сотрудничеству в сфере мягкого права между Китаем, Монголией и Россией можно улучшить процесс стыковки соответствующих институтов трех стран, а также повысить скорость строительства экономических коридоров.

Мягкое право противоречит традиционному жесткому праву, которое опирается на обязательную силу государства при обеспечении его реализации. В отличие от неформальных институтов, мягкое право также относится к сфере права и содержит необходимые элементы правовых норм. На этом основано отличие мягкого права от неформальных институтов. По сравнению с жестким правом как формальным институтом мягкое право не имеет жестких ограничений, которые гарантируются обязательной силой государства, но оно имеет мягкое ограничение, основанное на добровольном соблюдении.

Такая мягкая обязательная сила — это именно то, что проявляется в противостоянии твердому мягким. К мягкому праву в процессе строительства экономического коридора «Китай — Монголия — Россия» относятся двухсторонние или многосторонние планы, меморандумы, стандарты, декларации и другие документы, разработанные правительствами Монголии, России и Китая, органами государственной власти, различными от-

раслевыми организациями в соседних регионах, чтобы сформировать общие мнения, обеспечить выполнение проекта строительства экономического коридора. Такое мягкое право не имеет обязательной силы, но может дать реальные результаты.

Китай, Монголия и Россия заключили ряд соглашений, характеризующихся как мягкое право, в процессе строительства экономических коридоров. Однако, поскольку строительство экономического коридора «Китай — Монголия — Россия» только началось, необходимо по-прежнему продолжать улучшать сотрудничество между тремя странами в области мягкого права.

Сегодня также существует множество проблем, связанных с огромным масштабом проекта, недостаточным количеством гражданских сил. Межправительственное соглашение здесь является основным, участия неофициальных организаций недостаточно, пропаганда мягких законов в трех странах слабая, а механизм оценки отсутствует.

Необходимо поощрять и мобилизовать энтузиазм народного участия, усилить пропаганду достижений в области мягкого права при строительстве экономического коридора «Китай — Монголия — Россия» и создать механизм совместной оценки реализации мягкого права для содействия китайско-российскому сотрудничеству в области мягкого права, чтобы успешно реализовать строительство экономического коридора «Китай — Монголия — Россия».

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Скосырев В.* Россия остается на обочине Нового шелкового пути // Независимая газета. — 28.10.2018.
2. *Хань Юнхун.* О механизме обеспечения сотрудничества международного мягкого права // Современное право. — 2016. — № 4.
3. *Цзян Анцзе.* Ученые обсуждают правовое мышление и правовые услуги относительно «Одного пояса и одного пути» // Газета законности. — 23.12.2015.

Цифровое право

数据安全与发展—中国《数据安全法》草案述评 Обеспечение безопасности данных в электронном виде (о законопроекте КНР «О безопасности данных») Ensuring data security in electronic form (About the draft law of the People's Republic of China "On data security")

张建文杨欢¹
pangdongmei71@163.com

Чжан Цзяньвэнь,
профессор Юго-Западного
политико-юридического университета, КНР
pangdongmei71@163.com

Ян Хуань,
магистр Юго-Западного
политико-юридического университета, КНР
pangdongmei71@163.com

Zhang Jianwen,
Professor of the Southwestern University of Politics and Law, China
pangdongmei71@163.com

Yang Huan,
Master's Degree from the Southwestern University
of Politics and Law, China

© Чжан Цзяньвэнь, Ян Хуань, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.074-081

摘要：数据是信息时代中一种新的生产要素，在大数据、人工智能、云计算、区块链等新型科技领域和数字经济领域不断快速发展的大背景下，数据对于企业的发展、社会发展、国家安全至关重要，数据安全问题影响国家发展与安全，关系公共利益，也与公民个人权益密切相关，需要在法律层面对数据的安全保护作出规范。2020年7月2日，在中国人大网公布并征求意见《中华人民共和国数据安全法（草案）》，其系统地反映当前国家整体数据安全与发展观，标志着数据安全上升到国家安全层面，与《网络安全法》一样作为国家整体安全观的组成部分，同属上位法，是法律效力最高的法律，对我国数据安全保护体系构建具有重要的战略意义。数据安全法作为数据安全领域的基础性法律，对于数据内涵的界定有一定突破，数据安全法中的数据不限于网络数据，而是包含电子形式和其他方式记录的信息；在数据安全法草案中赋予了必要的域外效力，对保护我国国家主权和公民权利具有重要的意义；明确了数据安全保护与数据开发利用的关系，通过立法明确数据在数字经济发展中的地位，从而充分发挥数据的经济价值；确立了行业安全责任、监管与统筹协调主体，增加了各地区、各部门的主体责任，重新划分了监管职责，更加符合数据安全监管的需求和现状；确立数据分级分类制度，将数据分级分类的主体设定为国家，有利于数据安全监管机关开展相应工作；在数据安全风险评估、报告、信息共享、监测预警制度之中设定了设立国家层面的相应机制；确立了数据出口管制制度和数据安全对等保护制度，对我国数据跨境流动体系构建做出了规范；明确开展数据活动的组织、个人的数据安全保护义务，落实数据安全保护责任；坚持安全与发展并重，规定支持促进数据

¹ 张建文，男，西南政法大学教授，博士生导师，从事民法学、中俄比较私法研究。杨欢，西南政法大学2019级法律硕士研究生。

安全与发展的措施：建立保障政务数据安全和推动政务数据开放的制度措施。数据安全法草案中构建了全面信息安全理念，即将出台的数据安全法将为数据安全与发展提供指引与基本原则，各行各业均应关注数据安全与发展的综合治理体系与各项配套规制，逐渐构建数据高效利用与安全发展的良好环境，对蓬勃发展的信息化和数字化起到极大推动作用。数据安全法将所有类别的信息均纳入保护范畴，未来数据安全法应注意与《网络安全法》、《国家安全法》以及正在制定中的《个人信息保护法》做好衔接，将当前较分散的数据安全相关立法得到补充和完善，我国数据安全法律法规将紧紧围绕这三部法律来展开，全面实现以数据开发利用和产业发展，促进数据安全法律体系建设的新局面。

关键词：数据安全；安全管理；开发利用；政务数据

Abstract. Digital data is a new factor of production in the information age. In the context of the rapid development of the latest technologies, such as big data, artificial intelligence, cloud computing and blockchain, as well as the continuous development of the digital economy, digital data plays an important role in the development of enterprises. Data security issues affect the development of a country and its security, are related to public interests, and are also closely related to the personal rights of its citizens. It is necessary to regulate data protection at the legal level.

July 2, 2020 the website of the National People's Congress published the Data Security Law of the People's Republic of China (draft), which systematically reflects the current national point of view on data security and development, noting the improvement of data security to the level of state security. Like the Cybersecurity Law, it is a component of the general concept of national security, belongs to the highest level of law and has the highest legal force. This law is of great strategic importance for building a data protection system in the PRC.

As the main law in the field of data security management, the Data Security Law has made certain breakthroughs in the definition of the concept of data. The concept of data in the Data Security Law is not limited to network data, but includes information recorded in electronic form and in other ways; the necessary extraterritorial consequences are provided for in the draft Data Security Law, which is of great importance for the protection of national sovereignty and civil rights of the People's Republic of China; the relationship between data security protection, data development and use is clarified, and the status of data in the development of the digital economy is clarified through legislation in order to fully demonstrate the economic value of data; the main body responsible for security, supervision and overall coordination has been created, the main responsibilities of various regions and departments have been increased, supervision responsibilities have been redistributed, which is more in line with the needs and current situation in data security supervision; a data classification system has been established that promotes the relevant work of data security surveillance agencies; an appropriate mechanism has been created at the state level in the system of data security risk assessment, reporting, information exchange, monitoring and early warning; a data export control system and a mutual data protection system were created, as well as the construction of a cross-border data flow system of the PRC was standardized; data protection obligations in organizations and for individuals performing data operations and performing data protection duties were clarified; adhere to the principles of security and development and provide measures to support and promote data security and development; institutional measures have been taken to ensure the security of government data.

The draft law on data security contains a comprehensive concept of information security. The upcoming Law on Data Security will contain recommendations and basic principles for ensuring data security and development. All industries will have to pay attention to an integrated management system and various supporting provisions to ensure data security and development. Gradually, a favorable environment will be created for the effective use of data and safe development, which will significantly contribute to the rapid development of informatization and digitization.

The Data Security Law includes all types of information in the field of protection. In the future, the Law on Data Security should pay attention to the Law on Cybersecurity, Law on State Security and Law on the Protection of Personal Information, which are under development, supplement and improve today's relatively disparate legislation related to data security. The laws and regulations of the PRC on data security will be carefully developed on the basis of these three laws in order to fully implement the development, use of data and industrial development, thereby promoting new provisions in the creation of a legal data security system.

Keywords: data security; security management; development and use; Government data.

随着现代社会的网络化、数字化和智能化，物理世界的“人”逐渐走向网络空间。人们就在天然生物属性之外，获得了数字属性，从“生物人类”迈向“数字人类”，塑造了数字时代中“生物—信息”的双重人性。²在此背景下，数据安全问题直接关系到“数字人类”的安全问题。

各类数据迅猛增长、海量聚集，对经济发展、社会治理、人民生活都产生了重大而深刻的影响。数据安全已成为事关国家安全与经济社会发展的重大问题。数据蕴含着重要的价值，其安全问题正日益显出。一方面，数据安全影响着国家政治经济安全，如著名的剑桥分析案³；另一方面，数据安全亦影响个人生活的安宁，如生活中随处可见的信息泄露。数据风险日益增大的当下，数据安全已经成为各国亟须规范的问题。

各类数据的拥有主体多样，处理活动复杂，安全风险加大，必须通过立法建立健全各项制度措施，切实加强数据安全保护，维护公民、组织的合法权益。总体国家安全观“既强调安全，又强调发展”，“数据安全法作为数据安全领域的基础性法律，其坚持安全与发展并重，重点是确立数据安全保护管理各项基本制度，并与《网络安全法》、《国家安全法》以及正在制定中的《个人信息保护法》做好衔接。目前《数据安全法（草案）》全文共计七章《总则》《数据安全与发展》《数据安全制度》《数据安全保护义务》《政务数据安全与开放》《法律责任》《附则》，共计五十一条。

一、数据安全法立法目的和适用范围

如何保障数据安全与发展作为立法总目标和指导思想，并且贯穿本法的始终。并且将“数据安全与发展”作为一章进行了规范。这充分体现了本法的立法目标是以“数据安全与发展”作为核心目标，促进数据的安全保护与开发利用。

《数据安全法》作为一部安全保障法，明确了数据安全保护与数据开发利用之间的关系，保障数据安全的同时，促进数据开发利用，体现国家坚持维护数据安全与数据发展并重的原则。在确保数据安全的前提下，鼓励数据依法有效利用，保障数据依法有序自由流动，促进以数据为关键要素的数字经济发展。

在数据安全法草案中明确规定，数据是指任何以电子或者非电子形式对信息的记录（第三条第一款），⁵该信息的形式既可是电子形式，亦可是非电子形式，按照这一规定，纸质档案信息以及其他书面形式对信息所进行的记录，也属于数据。随着信息技术及图像识别技术的发展，所有其他方式记录的信息都有可能被转化为电子数据，非电子形式的信息与电子形式的信息在本质上并无区别。数据安全法草案将规范的对象严格限制为“数据”及与数据有关的法律关系，明确将“数据”定义为“对信息的记录”，界定了法律规制的边界。

数据活动是指数据的收集、存储、加工、使用、提供、交易、公开等行为（第三条第二款）。⁶数据活动已成为中国境内组织或者个人开展业务、日常生活所必不可少的环节，由此可见，数据安全法的适用范围较广。数据安全是指通过采取必要措施，保障数据得到有效保护和合理利用，并持续处于安全状态的能力（第三条第二款）。⁷

数据安全法适用于公民、组织与数据有关的权益，鼓励数据依法合理有效利用，保障数据依法有序自由流动，促进以数据为关键要素的数字经济发展。在数据安全法草案中还赋予了必要的域外效力，境外的组织、个人开展数据活动，损害国家安全、公共利益或者公民、组织合法权益的，依法追究法律责任（第二条），数据安全法草案基于必要性原则，在国家安全、公共利益或者公民、组织合法权益方面确立了域外适用效力，对保护我国国家主权和公民权利具有重要的意义。

二、数据的安全与发展

数据安全是数字经济能够持续健康发展的基础保证，随着互联网、大数据、区块链等为支撑的数字经济的发展，数据安全和隐私保护开始受到关注。坚持安全与发展并重，既要保护数据安全，又要促进数据的开发利用。构建科学合理的数据安全制度体系，为数据的开发利用提供相应的法治环境，促进以数据为关键要素的数字经济的发展。

（一）数据安全治理体系

构建以数据为主导，从数据的收集、存储、使用，共享、转让、公开披露乃至删除整个周期来构建全链条的数据安全治理体系。数据安全治理体系的构建是一个从中央到地方、涉及政府、各行各业及其行业主管部门、关键信息基础设施网络运营单位、互联网平台、第三方评估机构以及社会各界共同构建的一个系统工程。

维护数据安全，应当坚持总体国家安全观，建立健全数据安全治理体系，提高数据安全保障能力。⁸（第四条）数据安全法草案中对从中央到地方再到数据活动主体等不同角色在数据安全发展与保护方面提出了不同要求。中央国家安全领导机构负责数据安全工作的决策和统筹协调，研究制定、指导实施国家数据安全战略和有关重大方针政策。⁹（第六条）各地区、各部门对本地区、本部门工作中产生、汇总、加工的

² 马长山：数字时代的人权保护境遇及其应对 [J]．求是学刊，2020（4）：103—020．

³ 英议会公布“证据”：剑桥分析公司或助力特朗普 URL: <https://m.huanqiu.com/article/9CaKrnK7PQ1>．

⁴ 中央国家安全委员会第一次会议召开习近平发表重要讲话 URL: http://www.gov.cn/xinwen/2014-04/15/content_2659641.htm．

⁵ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第三条。

⁶ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第三条。

⁷ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第三条。

⁸ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第四条。

⁹ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第六条。

数据及数据安全负主体责任。工业、电信、自然资源、卫生健康、教育、国防科技工业、金融业等行业主管部门承担本行业、本领域数据安全监管职责。公安机关、国家安全机关等依照本法和有关法律、行政法规的规定,在各自职责范围内承担数据安全监管职责。国家网信部门依照本法和有关法律、行政法规的规定,负责统筹协调网络数据安全和相关监管工作。¹⁰ (第七条) 数据主体在开展数据活动,必须遵守法律、行政法规,尊重社会公德和伦理,遵守商业道德,诚实守信,履行数据安全保护义务,承担社会责任,不得危害国家安全、公共利益,不得损害公民、组织的合法权益。¹¹ (第八条) 国家建立健全数据安全协同治理体系,推动有关部门、行业组织、企业、个人等共同参与数据安全保护工作,形成全社会共同维护数据安全和促进发展的良好环境。¹² (第九条)

在数据安全治理体系构建的过程中,首先应制定数据安全治理的目标、健全数据管理和开发利用机制;其次应将制定的数据安全治理目标、管理和开发利用机制落实到实践之中,落实责任,不得非法收集数据、不得滥用数据、不得泄露数据;然后应建立数据安全风险评估机制,由于数据安全治理体系涉及数据的收集、存储、使用,共享、转让、公开披露乃至删除,因此应建立涉及数据处理全程的安全风险评估机制;最后应在全社会树立数据安全保护意识,数据安全持续发展涉及多元社会主体,包括政府、企业和个人,因此应开展数据安全保护宣传,在广大人民群众之中树立数据安全保护意识。

(二) 数据发展措施

坚持安全和发展并重,以数据开发利用和产业发展促进数据安全,以数据安全来保障数据开发利用和产业发展。

在数据安全法草案中主要从国家层面上对数据的发展进行规定,国家实施大数据战略,推进数据基础设施建设,鼓励和支持数据在各行业、各领域的创新应用,促进数字经济发展。¹³ (第十二条) 国家加强数据开发利用技术基础研究,支持数据开发利用和数据安全等领域的技术推广和商业创新,培育、发展数据开发利用和数据安全产品和产业体系。¹⁴ (第十三条) 国家推进数据开发利用技术和数据安全标准体系建设。¹⁵ (第十四条) 国务院标准化行政主管部门和国务院有关部门根据各自的职责,组织制定并适时修订有关数据开发利用技术、产品和数据安全相关标准。国家支持企业、研究机构、高等学校、相关行业组织等参与标准制定。¹⁶ (第十五条) 国家促进数据安全检测评估、认证等服务的发展,支持数据安全检测评估、认证等专业机构依法开展服务活动。国家建立健全数据交易管理制度,规范数据交易行为,培育数据交易市场。¹⁷ (第十七条) 国家支持高等学校、中等职业学校和企业等开展数据开发利用技术和数据安全相关教育和培训,采取多种方式培养数据开发利用技术和数据安全专业人才,促进人才交流。¹⁸ (第十八条)

坚持维护数据安全和促进数据开发利用并重为原则,然后统筹规划、技术创新、相关标准制定、专业机构评估认证服务、数据交易制度及专业人才培养等方面对数据发展措施进行进一步规定,主要是由于我国数据安全发展体系尚处于初级阶段,因此数据安全法草案根据基本原则从各个方面对数据安全发展体系的构建进行规制,随着数据领域、安全领域等总体环境的发展,再逐渐完善、细化数据安全与发展的法律体系,出台一系列相应的配套规定。

(三) 数据安全制度

1. 数据的分级分类管理

数据的分级分类管理是数据安全的基础,其直接决定着数据的收集、存储、使用,共享、转让、公开披露乃至删除整个周期的管理,数据的分级分类管理是迈向数据安全精细化管理的重要一步。数据分类分级在保障数据安全过程中至关重要,它是数据安全保护的基础,数据分类的目的是要明确数据的业务范畴,数据分级要从满足监管要求的角度出发,根据数据敏感制定不同的数据安全保护策略,它是组织内部管理体系编写的基础。¹⁹

在数据安全法草案之前,我国现有的法律法规也有数据分级分类的规定,但进行数据的分级分类的主体绝大多数是规范对象自身,而非国家。规范对象本身开展的数据分类分级,与国家开展数据分级分类工作存在本质上的区别。目前的现有的法律法规所提出的数据分类分级路径,在规范对象自身可以适用,但是其面对众多组织的监管部门来说,不具备可操作性,各个规范对象的数据分类和数据分级存在差异,将会导致数据安全监管机关无法开展统一的管理和监督工作,更无法判断其所维护的国家和公共利益、个人合法权益是否得到充分的保护。因此,在数据安全法草案中将数据分级分类的主体设定为国家具有必要性。

¹⁰ 《中华人民共和国数据安全法(草案)》第七条。

¹¹ 《中华人民共和国数据安全法(草案)》第八条。

¹² 《中华人民共和国数据安全法(草案)》第九条。

¹³ 《中华人民共和国数据安全法(草案)》第十二条。

¹⁴ 《中华人民共和国数据安全法(草案)》第十三条。

¹⁵ 《中华人民共和国数据安全法(草案)》第十四条。

¹⁶ 《中华人民共和国数据安全法(草案)》第十五条。

¹⁷ 《中华人民共和国数据安全法(草案)》第十七条。

¹⁸ 《中华人民共和国数据安全法(草案)》第十八条。

¹⁹ 王欣亮,任弢,刘飞.基于精准治理的大数据安全治理体系创新[J].中国行政管理,2019(12):121-126.

在数据安全法草案中确立数据分级分类管理，国家进行数据分级分类的标准和依据是数据在经济社会发展中的重要程度，以及一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，对国家安全、公共利益或者公民、组织合法权益造成的危害程度，对数据实行分级分类保护。²⁰（第十九条第一款）

2. 重要数据

在网络安全法中首次提出重要数据的概念，并在第三十七条规定了关键信息基础设施运营者掌握的重要数据境内存储及出境应进行安全评估。

在数据安全制度方面，数据安全法草案中采取“目录”的方式来对重要数据进行保护，各地区、各部门应当按照国家有关规定，确定本地区、本部门、本行业重要数据保护目录，对列入目录的数据进行重点保护。²¹

（第十九条第二款）重要数据的确立权在地区、部门、行业具有一定的随意性，为了防止重要数据保护目录的不统一和不规范，应首先由国家确定全国范围内的重要数据保护目录，再赋予各地区、各部门一定的权利根据国家统一重要数据保护目录来确定本地区、本部门、本行业的重要数据保护目录。

对于重要数据的保护，除了制定重要数据保护目录，重要数据的处理者应当设立数据安全负责人和管理机构，落实数据安全保护责任。²²（第二十五条第二款）重要数据的处理者还应当按照规定对其数据活动定期开展风险评估，并向有关主管部门报送风险评估报告。风险评估报告应当包括本组织掌握的重要数据的种类、数量，收集、存储、加工、使用数据的情况，面临的数据安全风险及其应对措施等。²³（第二十八条）

重要数据作为数据的一个分支，对其的保护工作贯穿各项重要制度之中，而且重要数据应当作为重点对象，实施重点保护，重要数据的处理者除履行设立管理机构、风险评估等特定义务外，也应当履行一般数据保护义务。

3. 数据的国际交流与合作

随着全球经济一体化和数字经济的快速发展，数据跨境流动的需求日益迫切，但与之相关的国家安全、个人数据保护等方面的问题和挑战也日益突出。数据安全法草案中对我国数据跨境流动体系构建做出了规范。

国家积极开展数据领域国际交流与合作，参与数据安全相关国际规则和标准的制定，促进数据跨境安全、自由流动，²⁴（第十条）确立了我国在数据领域国际交流合作的大方向。

在数据安全法草案第二十三条中规定了数据出口管制制度，中国对与履行国际义务和维护国家安全相关的属于管制物项的数据依法实施出口管制。²⁵（第二十三条）其将出口管制法中的管制对象从“货物、技术、服务”扩大到“数据”，为重要数据、个人非敏感数据、政府和公共部门的一般数据、行业非限制性技术数据的数据出口管制提供分类依据。

在数据安全法草案第二十四条中规定了数据安全对等保护制度，任何国家或者地区在与数据和数据开发利用技术等有关的投资、贸易方面对中华人民共和国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的，中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者地区采取相应的措施。²⁶（第二十四条）数据安全对等保护制度的构建将推动建立公平的数据流动国际环境，为我国的数据跨境流动中依法、合法采取反制措施赋权，增大我国在数据跨境流动过程中域外保护管辖权。

在数据安全法第三十三条中规定，境外执法机构要求调取存储于中华人民共和国境内的数据的，有关组织、个人应当向有关主管机关报告，获得批准后方可提供。中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定对外国执法机构调取境内数据有规定的，依照其规定，符合一般的国际操作惯例，保障了国际数据执法合作的合理需求，有利于增强全球执法合作，让国内的国际犯罪受到相应惩处。²⁷其与国际刑事司法协助法第4条，构成了应对外国长臂管辖的“封阻法令”。

4. 数据的风险管理机制

在数据安全法草案第二十条中规定了风险评估、监测预警机制，国家建立集中统一、高效权威的数据安全风险评估、报告、信息共享、监测预警机制，加强数据安全风险信息的获取、分析、研判、预警工作。通过设立风险评估、监测预警机制，对关涉数据安全的重大问题做到尽早发现尽早处理。²⁸企业作为数据活动的主体之一，故在数据安全法中也应规定企业依法设置风险预测与应急处置机制，以防外部入侵、盗取或破坏企业数据，威胁国家、社会、公共安全。

5. 数据的安全应急处置机制

在数据安全法草案第二十一条中规定了数据的安全应急处置机制，国家建立数据安全应急处置机制。发生数据安全事件，有关主管部门应当依法启动应急预案，采取相应的应急处置措施，消除安全隐患，防止危害扩大，并及时向社会发布与公众有关的警示信息。²⁹

6. 数据安全审查制度

²⁰ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第十九条。

²¹ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第十九条。

²² 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第二十五条。

²³ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第二十八条。

²⁴ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第十条。

²⁵ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第二十三条。

²⁶ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第二十四条。

²⁷ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第三十三条。

²⁸ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第二十条。

²⁹ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第二十一条。

在数据安全法草案第二十二条款中规定了数据安全审查制度，国家建立数据安全审查制度，对影响或者可能影响国家安全的数据活动进行国家安全审查。依法作出的安全审查决定为最终决定，³⁰即该决定排除申诉、复审、司法审查等制度的可能性，在实践中应注意不受制约的审查权难以保证审查决定的公正性与合法性。

数据安全保护义务

在数据安全法草案第四章规定数据主体的一般数据活动义务以及重要数据处理的义务；中介机构、专门数据经营者等特殊主体的安全保护义务；公安机关、境外执法机关执法过程中对数据的安全保护义务。

任何组织、个人收集数据，必须采取合法、正当的方式，不得窃取或者以其他非法方式获取数据。法律、行政法规对收集、使用数据的目的、范围有规定的，应当在法律、行政法规规定的目的和范围内收集、使用数据，不得超过必要的限度。³¹（第二十九条）

开展数据活动应当依照法律、行政法规的规定和国家标准的强制性要求，建立健全全流程数据安全管理制度，组织开展数据安全教育培训，采取相应的技术措施和其他必要措施，保障数据安全。³²（第二十五条）

开展数据活动应当加强风险监测，发现数据安全缺陷、漏洞等风险时，应当立即采取补救措施；发生数据安全事件时，应当按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告。³³（第二十七条）

除了针对开展数据活动的一般主体应当遵循的准则，数据安全法草案还规定了从事数据交易中介服务的机构从事中介服务时应当要求数据提供方说明数据来源，审核交易双方的身份，并留存审核、交易记录；³⁴

（第三十条）专门提供在线数据处理等服务的经营者，应当依法取得经营业务许可或者备案，具体办法由国务院电信主管部门会同有关部门制定；³⁵（第三十一条）公安机关、国家安全机关因依法维护国家安全或者侦查犯罪的需要调取数据，应当按照国家有关规定，经过严格的批准手续，依法进行，有关组织、个人应当予以配合。³⁶（第三十二条）

开展数据活动以及研究开发数据新技术，还应当有利于促进经济社会发展，增进人民福祉，符合社会公德和伦理。³⁷（第二十六条）

数据安全法草案原来规范性法律文件的合规要求上升为法律，在法律层面，详细规定了企业、组织及个人等的数据安全合规义务，对开展企业的数据活动具有重要的规范意义。

三、政务数据

电子政务系统以数据运算为前提，利用信息化手段为社会治理赋能扩容、提质增效，而数据安全是实现这些功能的前提。政务数据作为数据要素市场化的重要主体，应当发挥其在数据安全和开放共享的先锋作用。数据安全法中政务数据的安全与开放独立成章充分说明了国家对政务数据的安全与开放的重视程度。从数据的来源来看，目前大数据资源主要掌握在政府手中，因此政务数据的安全与开放是能否充分发。³⁸国家大力推进电子政务建设，提高政务数据的科学性、准确性、时效性，提升运用数据服务经济社会发展的能力。³⁹（第三十四条）

国家机关为履行法定职责的需要收集、使用数据，应当在其履行法定职责的范围内依照法律、行政法规规定的条件和程序进行。⁴⁰（第三十五条）国家机关在履行法定职责范围内依照相关法律法规的条件和程序，应遵循目的并不是毫无节制和无目的的去收集、使用数据，既是原则性的说明，例如目的限制、合法收集使用等原则，同时该条文也赋予了国家机关在收集、使用数据方面的合法性。

国家机关应当依照法律、行政法规的规定，建立健全数据安全管理制度，落实数据安全保护责任，保障政务数据安全。⁴¹（第三十六条）国家机关同样需要建立健全数据安全管理制度，国家机关并不享有在其单位范围内豁免建立数据安全管理制度，这对于国家整体的数据安全的角度是重要的保障措施，国家机关所掌握的数据和企业所掌握的数据都需要更需要保障安全。

国家机关委托他人存储、加工政务数据，或者向他人提供政务数据，应当经过严格的批准程序，并应当监督接收方履行相应的数据安全保护义务。⁴²（第三十七条）

国家制定政务数据开放目录，构建统一规范、互联互通、安全可控的政务数据开放平台，推动政务数据开放利用。⁴³（第三十九条）政务数据应以开放为原则，不予公开为例外。为增强其可操作性，应制定不予

³⁰ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第二十二条款。

³¹ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第二十九条款。

³² 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第二十五条款。

³³ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第二十七条款。

³⁴ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第三十条款。

³⁵ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第三十一条款。

³⁶ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第三十二条款。

³⁷ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第二十六条款。

³⁸ 孟庆华.基于消费者行为特征大数据平台信息安全与隐私保护模型研究[J].上海商学院学报, 2017(3):30-36.

³⁹ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第三十四条款。

⁴⁰ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第三十五条款。

⁴¹ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第三十六条款。

⁴² 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第三十七条款。

⁴³ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第三十九条款。

公开的数据目录。国家机关应当遵循公正、公平、便民的原则，按照规定及时、准确地公开政务数据。依法不予公开的除外。⁴⁴（第三十八条）

除国家机关之外，具有公共事务管理职能的组织为履行公共事务管理职能开展数据活动，适用关于政务数据的规定。⁴⁵（第四十条）

四、法律责任

数据安全法草案第六章规定了各主体违反法律规定的相关义务或职责所需承担的法律责任。承担责任的方式有约谈、整改、警告、罚款、没收违法所得、处分及依法需承担的民事、行政、刑事责任。数据安全法草案对于违反数据安全法的主体及负责主管人员和直接责任人员实行双罚制。

有关主管部门在履行数据安全监管职责中，发现数据活动存在较大安全风险的，可以按照规定的权限和程序对有关组织和个人进行约谈。有关组织和个人应当按照要求采取措施，进行整改，消除隐患。⁴⁶（第四十一条）明确了数据安全监管中的约谈制度。其与网络安全法中第五十六条规定的网络安全监管的约谈制度相类似，数据安全监管也将约谈制度法定化。二者的区别主要在于约谈的主体，网络安全法中所规定的约谈主体为“省级以上人民政府有关部门”，数据安全法草案中所规定的约谈主体的规定为“有关主管部门”，约谈主体的模糊规定有可能导致约谈制度的滥用。

开展数据活动的组织、个人未依法履行数据安全保护义务或者未采取必要的安全措施的，由有关主管部门责令改正，给予警告，可以并处一万元以上十万元以下罚款，对直接负责的主管人员可以处五千元以上五万元以下罚款；拒不改正或者造成大量数据泄露等严重后果的，处十万元以上一百万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。⁴⁷（第四十二条）

数据交易中介机构未履法律所规定的义务，导致非法来源数据交易的，由有关主管部门责令改正，没收违法所得，处违法所得一倍以上十倍以下罚款，没有违法所得的，处十万元以上一百万元以下罚款，并可以由有关主管部门吊销相关业务许可证或者吊销营业执照；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。⁴⁸（第四十三条）

专门提供在线数据处理等服务的经营者，未依法取得经营业务许可或者备案，由有关主管部门责令改正或者予以取缔，没收违法所得，处违法所得一倍以上十倍以下罚款；没有违法所得的，处十万元以上一百万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。⁴⁹（第四十四条）

在国家机关不履行数据安全保护义务和国家工作人员玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊应承担相应的法律责任。国家机关不履行本法规定的数据安全保护义务的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。⁵⁰（第四十五条）履行数据安全监管责任的国家工作人员玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊，尚不构成犯罪的，依法给予处分。⁵¹（第四十六条）

通过数据活动危害国家安全、公共利益，或者损害公民、组织合法权益的，依照有关法律、行政法规的规定处罚。⁵²（第四十七条）

违反数据安全法所规定，给他人造成损害的，依法承担民事责任；构成违反治安管理处罚行为的，依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。⁵³（第四十八条）

五、结语

数据只有在交换和使用中才能产生价值。数据安全法草案坚持安全与发展并重，明确了发展是安全的目的。不存在绝对的数据安全，亦无法追求绝对安全，在构建科学合理的数据安全制度体系下，让信息网络助力各行各业转型和创新发展，促进以数据为关键要素的数字经济的发展。

数据安全法围绕着数据安全、数据流动和数据监管，构建数据安全基础上的数据流通和产业产品体系、数据安全标准体系、数据交易管理制度、数据安全培训和教育体系、重要数据保护目录制度、国家数据安全监测预警机制、国家数据安全应急处置机制、国家数据安全审查制度、国家数据出口管制制度、国家数据对等措施、企业数据安全管理制度、企业重要数据风险评估报告制度、数据中介交易审查制度、国家机关调取数据制度、配合境外执法机关的批准、政务数据安全与开放等制度，但数据安全法中大多为原则性规定，后续的实施需要大量的配套立法，在未来的实施过程中要注意与《网络安全法》、《国家安全法》以及正在制定中的《个人信息保护法》做好衔接工作。

⁴⁴ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第三十八条。

⁴⁵ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第四十条。

⁴⁶ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第四十一条。

⁴⁷ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第四十二条。

⁴⁸ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第四十三条。

⁴⁹ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第四十四条。

⁵⁰ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第四十五条。

⁵¹ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第四十六条。

⁵² 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第四十七条。

⁵³ 《中华人民共和国数据安全法（草案）》第四十八条。

未来随着《数据安全法》《个人信息保护法》的正式发布实施，将与《网络安全法》形成从数据、网络数据、个人信息三个维度构建数据安全法律体系，数据安全法律体系的构建将对各行业数据合规工作提出更高、更细的要求。⁵⁴这会使当前较分散的数据安全政策法规得到新的补充和完善，我国数据安全政策法规将紧紧围绕这三部法律来展开，全面实现以数据开发利用和产业发展促进数据安全法律体系建设的新局面。

参考文献

1. 《中华人民共和国数据安全法（草案）》。
2. 马长山:数字时代的人权保护境遇及其应对 [J]. 求是学刊, 2020 (4): 103—111.
3. 英议会公布“证据”: 剑桥分析公司或助力特朗普<https://m.huanqiu.com/article/9CaKrnK7PQ1>.
4. 中央国家安全委员会第一次会议召开习近平发表重要讲话http://www.gov.cn/xinwen/2014-04/15/content_2659641.htm.
5. 王欣亮, 任弢, 刘飞.基于精准治理的大数据安全治理体系创新[J].中国行政管理, 2019(12):121—126.
6. 孟庆华.基于消费者行为特征大数据平台信息安全与隐私保护模型研究[J].上海商学院学报, 2017(3):30—36.
7. 吕毅.主动构建数据安全体系, 稳步推进数据安全治理[J].现代情报, 2019(12):54—55.

⁵⁴ 吕毅.主动构建数据安全体系, 稳步推进数据安全治理[J].现代情报, 2019(12):54-55.

Международно-правовое и национальное регулирование цифровой валюты: опыт Китая и Европейского Союза International legal and national regulation of digital currency: the experience of China and the EU

М. Р. Салия,
кандидат юридических наук,
старший преподаватель кафедры международного права Всероссийской академии внешней торговли
Минэкономразвития РФ, Россия
salimarianna@yandex.ru

М. R. Saliya,
Cand. Sci. (Law),
Senior Lecturer, Department of International Law,
Russian Academy of Foreign Trade
of the Ministry of Economic Development
of the Russian Federation, Russia
salimarianna@yandex.ru

© М. Р. Салия, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.082-086

Аннотация. В статье рассматривается вопрос правового регулирования цифровой валюты центральных банков. Исследуются опыт международных организаций, а также первые шаги в этом направлении со стороны Китая в лице Народного банка Китая и Евросоюза в лице Европейского Центрального банка.

Ключевые слова: Международный валютный фонд, МВФ, международное финансовое право, цифровая валюта, международные финансовые стандарты, Всемирный банк, цифровая валюта центральных банков, CBDC, Народный банк Китая.

Abstract. The article discusses the issue of legal regulation of the digital currency of central banks. The experience of international organizations, as well as the first steps in this direction from China, represented by the People's Bank of China and the European Union, represented by the European Central Bank, are examined.

Keywords: International Monetary Fund, IMF, international financial law, digital currency, international financial standards, World Bank, digital currency of central banks, CBDC, People's Bank of China.

Цифровая валюта за последнее время укрепляет свои позиции, получает все большее распространение и, как следствие, стала объектом правового регулирования. Международный валютный фонд как одна из наиболее авторитетных и значимых международных финансовых организаций в течение последних лет выпускает доклады, в которых высказывает свое видение в отношении выпуска, оборота и нормативно-правового регулирования цифровой валюты.

В 2018 г. во времена своего председательствования в качестве директора Международного валютного фонда (далее — МВФ) Кристин Лагард

на Фестивале финансовых технологий в рамках саммита АСЕАН в Сингапуре внесла предложение центробанкам мира «рассмотреть возможность выпуска электронной валюты»¹, что, по мнению К. Лагард, способствовало бы популяризации данной формы валюты среди населения, а центробанки выступили бы в данном случае в качестве гаранта со стороны государства². Готовы ли были к этому сами государства?

По итогам анализа ситуации на мировом рынке альтернативных валют за 2020 г. эксперты Международного валютного фонда пришли к выводу, что только 40 центральных банков в мире официально

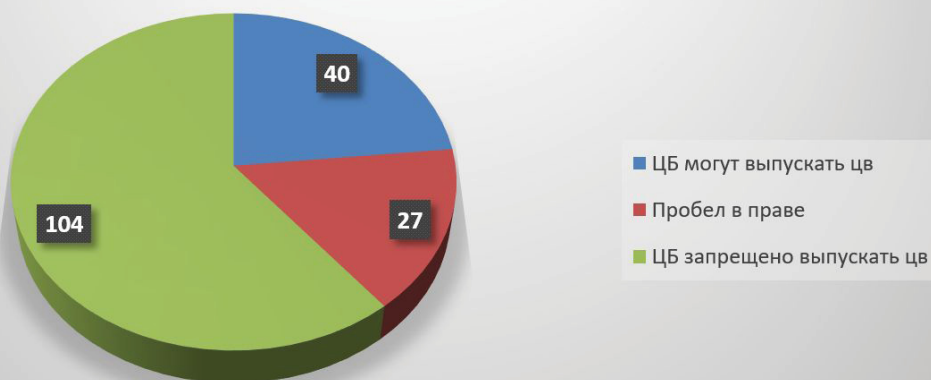
¹ URL: <https://tass.ru/ekonomika/5791142> (дата обращения: 20.02.2021).

² URL: <https://tass.ru/ekonomika/5791142> (дата обращения: 20.02.2021).

имеют право выпускать цифровую валюту (в качестве синонима для целей настоящей статьи будет использоваться термин «электронные деньги»)³, центробанки 104 государств выпускают только «традиционные» банкноты и монеты. Так, соглас-

но исследованию (см. рисунок), у 80 % центральных банков мира либо прямо прописан запрет на выпуск электронных денег, либо отсутствуют четкие правила в законодательстве относительно их оборота и выпуска⁴ (см. рисунок).

Национальное регулирование выпуска цифровой валюты



Источник: сайт МВФ.

Повлияла ли пандемия каким-то образом на данную сферу финансовых отношений⁵? Банк международных расчетов провел опрос среди 65 центральных банков из развитых и развивающихся государств, включая Европейский Центральный банк⁶. Один из вопросов заключался в том, повлияла ли пандемия на изменение приоритетов или предпочтение для выпуска цифровой валюты центральных банков. Около 60 % центральных банков указали, что кризис 2020 г. не поменял их приоритеты в данном вопросе.

Для тех центральных банков, которые изменили свои позиции в отношении CBDC из-за кризиса, связанного с COVID-19, основными причинами стали обеспечение доступа к деньгам центрального банка во время чрезвычайных ситуаций и использование CBDC в качестве потенциального дополнения к наличным и личным способам оплаты, когда требуется социальное дистанцирование⁷.

На начальной стадии развития как международно-правового, так и национально-правового регулирования отношений, связанных с выпу-

³ Легальное определение «цифровой валюты» закреплено в Федеральном законе от 31.07.2020 № 259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (п. 3 ст. 1) — это совокупность электронных данных (цифрового кода или обозначения), содержащихся в информационной системе, которые предлагаются и (или) могут быть приняты в качестве средства платежа, не являющегося денежной единицей Российской Федерации, денежной единицей иностранного государства и (или) международной денежной или расчетной единицей, и (или) в качестве инвестиций и в отношении которых отсутствует лицо, обязанное перед каждым обладателем таких электронных данных, за исключением оператора и (или) узлов информационной системы, обязанных только обеспечивать соответствие порядка выпуска этих электронных данных и осуществления в их отношении действий по внесению (изменению) записей в такую информационную систему ее правилам.

⁴ Legal Aspects of Central Bank Digital Currency: Central Bank and Monetary Law Considerations by Wouter Bossu, Masaru Itatani, Catalina Margulis, Arthur Rossi, Hans Weenink and Akihiro Yoshinaga file:///C:/Users/teacher/Downloads/wpia2020254-print-pdf.pdf (дата обращения: 20.02.2021).

⁵ Agranovskaya M., Kitsmarishvili D. (2020). 2020 Post-Crisis Development and 2021 Trends in Russia and Europe: Fintech and Digital Assets Regulation. Legal Issues in the Digital Age, 3(3), 35—58.

⁶ URL: <https://www.bis.org/publ/bppdf/bispap114.htm> (дата обращения: 01.03.2021).

⁷ URL: <https://www.bis.org/publ/bppdf/bispap114.htm>.

ском, реализацией цифровой валюты и совершением финансовых операций, возникает множество вопросов, требующих решения. Так, например, логично спросить, будет ли установлена монополия на выпуск цифровой валюты по аналогии с «обычными» банкнотами и монетами? Если центробанки мира примут на себя обязательства по эмиссии цифровых денег, то из этого следует, что иным лицам (коммерческим банкам или иным кредитным организациям) будет запрещено выпускать данную форму валют под угрозой уголовной ответственности.

Однако на данный момент это дискуссионный вопрос, и практика еще не сформировалась. Стоит согласиться с утверждением, что вопрос о том, является ли монополия центрального банка на цифровую валюту желательной или целесообразной, в конечном итоге — вопрос политического выбора⁸. При этом стоит учитывать, что выпуск частных цифровых токенов может привести к проблемам функционирования денежной системы, сходным с выпуском банкнот в XIX в. частными банками, которые впоследствии не смогли выполнить свои обязательства по конвертации этих банкнот в реальную валюту.

Таким образом, установление монополии может предотвратить возникновение новых финансовых кризисов, а также обеспечить прозрачность выпуска новой формы валюты. С другой стороны, центральные банки всего мира установили монополию на эмиссию национальных валют, однако это не мешает совершать такие преступления, как фальшивомонетничество, отмывание денег и финансирование терроризма. Вопрос в том, в каких масштабах подобные нелегальные операции могут быть совершены посредством цифровой валюты, если ее будут выпускать не только центральные, но и частные банки.

Как ФАТФ (Группа разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег) определяет «цифровую валюту»? В тексте соответствующего документа (ред. 2012 г.) термин «средства» относится к активам любого типа, материальным или нематериальным, вещественным или невещественным, движимым или недвижимым, не важно, как приобретенным, и правовым документам или инструментам в любой форме, в том числе

электронной или цифровой, предоставляющим право или долю в таких активах⁹.

Стоит обратить внимание на определения «электронный» и «цифровой». Подпадает ли цифровая валюта под указанную категорию? Рассматриваются ли в качестве синонимов данные термины? ФАТФ не стала отставать от существующих тенденций, связанных с появлением нового вида валюты и, оценивая риски совершения новых преступлений с «инновационными» денежными средствами, в июне 2015 г. приняла Руководство по применению риск-ориентированного подхода. Виртуальные активы и провайдеры услуг по обмену конвертируемой виртуальной валюты¹⁰.

В настоящем документе ФАТФ рассмотрела следующие вопросы: меры в области ПОД/ФТ (противодействие отмыванию денег / финансирование терроризма), связанные с платежными продуктами и услугами на основе централизованной и децентрализованной виртуальной валюты; провайдеры услуг по обмену конвертируемых виртуальных валют. При этом в Руководстве отсутствуют положения по иным вопросам, связанным с виртуальной валютой (защита прав потребителей, соблюдение налогового законодательства, обеспечение пруденциальной безопасности и т.д.); также не уделено внимание пользователям виртуальной валюты и денежно-кредитной политике.

Для целей исследования настоящей статьи особый интерес имеет то, как определяет ФАТФ «цифровую и виртуальную валюты». Так, «виртуальная валюта представляет собой средство выражения стоимости, которым можно торговать в цифровой форме и которое функционирует в качестве (1) средства обмена; и/или (2) расчетной денежной единицы; и/или (3) средства хранения стоимости, но не обладает статусом законного платежного средства (т.е. не является официально действующим и законным средством платежа при расчетах с кредиторами) ни в одной юрисдикции.

Виртуальная валюта не эмитируется и не обеспечивается ни одной юрисдикцией и выполняет вышеуказанные функции только по соглашению в рамках сообщества пользователей виртуальной валюты. Виртуальная валюта отличается от фиатной¹¹ валюты (также называемой «реальной валютой», «реальными деньгами» или «нацио-

⁸ URL: <https://www.bis.org/publ/bppdf/bispap114.htm>.

⁹ Международные стандарты по противодействию отмыванию денег, финансированию терроризма и финансированию распространения оружия массового уничтожения. Рекомендации ФАТФ 2012 // URL: <http://www.fedsfm.ru/content/files/documents/fatf/рекомендации%20фатф.pdf> (дата обращения: 20.02.2021).

¹⁰ URL: http://www.fedsfm.ru/content/files/documents/fatf/rop_virtualnye_valyuty.pdf (дата обращения: 20.02.2021).

¹¹ Более подробно об истории возникновения «фиатных денег» можно прочитать в Аналитической записке Банка России: «Фиатные деньги (fiatmoney, outsidemoney, от лат. fiat — декрет, указание) эмитировались государством в форме казначейских билетов. В основе их ценности лежало доверие к государству. С возникновением государственной монополии на эмиссию кредитные деньги, создаваемые банками, были уравнены в правах с фиатными деньгами. Сегодня фиатные и кредитные деньги неразличимы, хотя и могут появляться из разных источников. Иными словами, сегодня все деньги являются фиатными. В основе их ценности лежит доверие к денежной си-

нальной валютой”), представляющей собой монеты и бумажные деньги страны, которые являются ее законным средством платежа, обращаются и повсеместно используются и принимаются в качестве средства обмена в стране-эмитенте.

Виртуальная валюта также отличается от электронных денег, которые являются цифровым средством выражения фиатной валюты и используются для электронного перевода стоимости, (выраженной), в фиатной валюте. Электронные деньги представляют собой механизм цифрового перевода фиатной валюты, т.е. они используются для электронного перевода валюты, обладают статусом законного платежного средства.

Цифровая валюта может выступать как средство цифрового выражения либо виртуальной валюты (нефиатной валюты), либо электронных денег (фиатной валюты), и поэтому часто употребляется в качестве синонима “виртуальной валюты”¹².

Стоит обратить внимание на то, что в представленном определении «виртуальная», а значит и «цифровая», валюта не обладает статусом *законного* платежного средства и также не обеспечивается ни одной юрисдикцией. На сегодняшний день данные критерии соответствуют действительности, однако как только центробанки всего мира начнут выпускать цифровые валюты, обеспечение юрисдикцией со стороны национальных регуляторов начнет производиться, и валюта приобретет статус национальной наряду с фиатной валютой. Кроме того, очевидно, что ФАТФ определяет термины «виртуальная» и «цифровая» валюта в качестве синонимов.

Как развиваются отношения в области CBDB на примере Китая? Народный банк Китая уже много лет находится в авангарде исследований CBDC. Он сформировал специальную исследовательскую группу, чтобы сосредоточиться на цифровых валютах в 2014 г.

«Китай значительно опережает другие страны в запуске цифровых валют центробанков (CBDC). У цифрового юаня (DCEP) классическая двухуровневая система выпуска и распределения — НБК выпускает DCEP для банков или других финансовых учреждений, а затем они дополнительно распространяют цифровую валюту среди поль-

зователей. Предполагается, что DCEP повысит эффективность платежной системы и удобство платежей в юанях. В конце апреля власти запустили тестовое мобильное приложение для DCEP. Монеты хранятся в электронном кошельке — ими можно пользоваться как обычной валютой»¹³.

Кроме того, Институт цифровых валют Народного банка Китая и Центральный банк Объединенных Арабских Эмиратов в 2021 г. присоединяются к проекту трансграничных платежей Multiple CBDC (m-CBDC) Bridge.

Мост m-CBDC — это совместная инициатива, осуществляемая в партнерстве с BIS Innovation Hub, валютным управлением Гонконга и Банком Таиланда. Проект направлен на разработку экспериментального прототипа для упрощения трансграничных валютных платежей в режиме реального времени с использованием технологии распределенного реестра.

Институт цифровой валюты (DCI) Народного банка Китая (PBC) и Центральный банк Объединенных Арабских Эмиратов (CBUAE) присоединились к проекту цифровой валюты центрального банка для трансграничных платежей в иностранной валюте. Инициатива m-CBDC Bridge реализуется в партнерстве с Центром инноваций BIS (BISIH), Валютным управлением Гонконга (HKMA) и Банком Таиланда (BoT).

Если будут приняты поправки к Закону о Центральном банке Китая, предложенные в октябре 2020 г., будет официально признана цифровая форма юаня и запрещено обращение токенов / цифровых валют, которые могут конкурировать с любой из форм цифрового юаня¹⁴. «Проект» предусматривает, что юань включает физические и цифровые формы, обеспечивая правовую основу для выпуска цифровой валюты, предотвращая риски виртуальной валюты и разъясняя, что любой единице или физическому лицу запрещено создавать и продавать цифровые токены (ст. 19 и 22)¹⁵.

Как обстоят дела с CBDC в Европейском Союзе? В своем докладе по цифровому евро в октябре 2020 г.¹⁶ Европейский Центральный банк представил четыре основных варианта правового базиса для введения в оборот цифрового евро:

1. Статья 127 (2) ДФЕС (Договор о функционировании Европейского Союза) в сочетании с пер-

стеме в целом. Государство в лице центрального банка не только эмитирует наличные деньги, но и поддерживает доверие к безналичным деньгам, которые создают банки. В дальнейшем мы будем употреблять термин “фиатные деньги” по отношению ко всем современным деньгам, не обеспеченным товарами либо иными материальными ценностями». URL: https://cbr.ru/Content/Document/File/79860/analytic_note_20190829_ddkp.pdf (дата обращения: 20.02.2021).

¹² URL: https://cbr.ru/Content/Document/File/79860/analytic_note_20190829_ddkp.pdf.

¹³ URL: <https://www.rbc.ru/crypto/news/5f5c84fe9a794762cd740d4f>.

¹⁴ Martin Chorzempa. (2021). China, the United States, and central bank digital currencies: how important is it to be first? // China Economic Journal. DOI: 10.1080/17538963.2020.1870278.

¹⁵ URL: <https://www.secrss.com/articles/11963>.

¹⁶ URL: <https://www.ecb.europa.eu/euro/html/digitaleuro-report.en.html> (дата обращения: 01.03.2021).

вым предложением ст. 20 Устава Европейской системы центральных банков и ЕЦБ, если цифровой евро должен был быть выпущен как инструмент денежно-кредитной политики и доступен только для контрагентов центрального банка.

2. Статья 127 (2) ДФЕС в сочетании со статьей 17 Устава ЕСЦБ, если бы цифровой евро стал доступным для хозяйств и других частных лиц через счета, открытые в Евросистеме.

3. Статья 127 (2) ДФЕС в сочетании со статьей 22 Устава ЕСЦБ, если цифровой евро был бы выпущен в качестве средства расчетов для определенных видов платежей, обрабатываемых специальной платежной инфраструктурой, доступной только для правомочных участников.

4. Статья 128 ДФЕС в сочетании с первым предложением статьи 16 Устава ЕСЦБ, если цифровой евро должен был быть выпущен как инструмент, эквивалентный банкноте.

Таким образом, на данный момент отсутствует четкое понимание правового регулирования данного вопроса по праву ЕС. Не исключено, что в ДФЕС придется вносить изменения, прописав компетенцию ЕЦБ вводить цифровую валюту.

Сообщение в блоге Фабио Панетта (член Управляющего совета ЕЦБ) и Ульриха Биндсейла (генеральный директор ЕЦБ по рыночной инфраструктуре и платежным операциям в Совете директоров) развенчивает мифы и опасения по поводу введения цифровой валюты евро: «В настоящее время существуют три неправильных представления о цифровом евро. Во-первых,

ЕЦБ намеревается отменить наличные деньги, а затем, сделав это, ввести еще более низкие процентные ставки для цифрового евро по причинам, связанным с реализацией денежно-кредитной политики. Во-вторых, цифровой евро вытеснит банковское посредничество. В-третьих, цифровой евро не будет основан на жизнеспособной бизнес-модели... Цель цифрового евро — предоставить европейцам альтернативные, современные и безопасные платежные средства, подкрепленные обязательством независимого центрального банка обеспечить его стабильность. Он будет работать как основа и неотъемлемый компонент, а не как противопоставление современным платежным сервисам»¹⁷.

Как верно отмечено в докладе МВФ по итогам анализа ситуации на мировом рынке альтернативных валют за 2020 г. (Legal Aspects of Central Bank Digital Currency: Central Bank and Monetary Law Considerations), выпуск цифровой валюты центральных банков повлечет за собой проблемы правового регулирования в рамках не только финансового права и права центральных банков, но и налогового, гражданского, административного права и иных отраслей национальной правовой системы¹⁸. Указанное справедливо подходит к праву Европейского Союза и его отраслям (финансовому праву ЕС, налоговому праву ЕС, бюджетному праву ЕС, корпоративному праву ЕС и т.д.).

Нормативно-правовую базу необходимо трансформировать, адаптировать к новым финансовым отношениям.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Agranovskaya M., Kitsmarishvili D.* (2020). 2020 Post-Crisis Development and 2021 Trends in Russia and Europe: Fintech and Digital Assets Regulation // *Legal Issues in the Digital Age*. — 3 (3).
2. *Lifshits I.* (2021). Cryptocurrencies in the Regulatory Field of International Organizations // *Ashmarina S., Mantulenko V.* (eds) *Current Achievements, Challenges and Digital Chances of Knowledge Based Economy. Lecture Notes in Networks and Systems*. — Vol. 133. — Springer, Cham.

¹⁷ URL: <https://www.ecb.europa.eu/press/blog/date/2021/html/ecb.blog210325~e22188c522.en.html> (дата обращения: 30.03.2021).

¹⁸ URL: <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2020/11/20/Legal-Aspects-of-Central-Bank-Digital-Currency-Central-Bank-and-Monetary-Law-Considerations-49827> (дата обращения: 01.03.2021).

Прокурорский надзор, защита прав человека

Прокуратура на защите прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации и Китайской Народной Республике The prosecutor's office on the defense human and civil rights and freedoms in the Russian Federation and the People's Republic of China

Т. И. Отческая,

доктор юридических наук, профессор,
заведующий кафедрой организации судебной
и прокурорско-следственной деятельности
Московского государственного юридического университета
имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Россия
nvmishakova@msal.ru

T. I. Otcheskaya,

Dr. Sci. (Law), Professor,
Head Department of judicial organization and prosecutorial activities
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Russia
nvmishakova@msal.ru

© Т. И. Отческая, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.087-092

Аннотация. Статья посвящена актуальным вопросам защиты прав и свобод человека и гражданина важным государственным органом — прокуратурой — в двух государствах — Российской Федерации и Китайской Народной Республике. Автором исследован вопрос формирования прокурорского надзора на европейском пространстве в механизме государственности на примере Российской Федерации и в азиатском пространстве на примере Китайской Народной Республики.

При этом изучены подходы двух государств к защите на конституционном уровне прав человека, которые регламентированы Конституцией КНР и Конституцией РФ. Освещены достижения органов прокуратуры России по защите прав и свобод человека и гражданина, являющейся обязанностью государства, в том числе по вопросам соблюдения трудовых прав граждан, права граждан на охрану жизни и здоровья.

Также подробно исследована принятая Госсоветом КНР государственная программа действий в сфере прав человека. Показаны достижения в социальной сфере, которые обеспечиваются не только государством, но и прокуратурой. Освещены подходы юридической науки в двух государствах не только по регламентации прав и свобод человека и гражданина, но и по их обеспечению. На основании изученного материала автором сделан вывод о возможности использования положительного опыта России и Китая в обоих государствах, с тем чтобы обеспечить защиту прав и свобод человека и гражданина в каждом из них.

Ключевые слова: конституция, прокурорский надзор, права и свободы человека, Российская Федерация, Китайская Народная Республика, государственные органы, прокуратура, защита прав граждан, соблюдение законов.

Abstract. The article is devoted to topical issues of protection of human and civil rights and freedoms by an important state body — the prosecutor's office in two states — the Russian Federation and the People's Republic of China. The author investigated the issue of the formation of prosecutorial supervision in the European space in the mechanism of statehood on the example of the Russian Federation and in the Asian space on the example of the People's Republic of China.

At the same time, the approaches of the two states to the protection of human rights at the constitutional level, which are regulated by the Constitution of the PRC and the Constitution of the Russian Federation,

have been studied. The achievements of the Russian prosecutor's office in protecting human and civil rights and freedoms, which are the responsibility of the state, including on issues of observance of the labor rights of citizens, the right of citizens to protect life and health, are consecrated.

The state program of action in the field of human rights adopted by the State Council of the People's Republic of China has also been studied in detail. Achievements in the social sphere are shown, which are provided not only by the state, but also by the prosecutor's office. The approaches of legal science in the two states are consecrated not only in the regulation of human and civil rights and freedoms, but also in their provision.

Based on the material studied, the author concluded that it is possible to use the positive experience of Russia and China, mutually in both states, in order to ensure the protection of human and civil rights and freedoms in each of them.

Keywords: Constitution, prosecutor's supervision, human rights and freedoms, the Russian Federation, the People's Republic of China, state bodies, the prosecutor's office, protection of the rights of citizens, compliance with laws.

Россию и Китай связывают давние дружеские отношения. Это два огромных по территории и населению государства, у них богатая история, в том числе история государственного надзора за соблюдением законов.

Прокурорский надзор на европейском пространстве в механизме государственности возник относительно недавно. Прокуратура впервые появилась во Франции при короле Филиппе IV в 1302 г. Она предназначалась для исполнения воли короля. Прокурор наблюдал за назначением королевских чиновников, за тем, чтобы кто-либо из них не вмешивался в проблемы промыслов, торговли, учреждения университетов.

Опыт развития прокуратуры именно этого государства был взят Петром I за основу при создании данного государственного органа в России. Учреждая прокуратуру, император видел в ней институт, который будет осуществлять от его имени надзор за законностью действий и распоряжений государственных органов, поскольку в стране того периода бюрократизм чиновников стал силой, опасной для государственного обустройства, достижения его цели.

По мнению А. Г. Звягинцева и Ю. Г. Орлова, «заслуга Петра I заключается особенно в том, что он впервые в России создал органы, специально предназначенные для контроля и надзора за соблюдением законов»¹.

Надзорная система в Китае имеет богатую историю, так как она зародилась в 220 г. н.э., когда при императоре династии Хань был создан специальный орган — Цензор².

Цензоры были наделены правом надзора за соблюдением законов императора чиновниками, а также проверяли соответствие установленным нормам «земель и домов местных могуществен-

ных семей», но этот надзор ограничивался только территорией столицы.

В истории Китая прослеживается период территориального расширения компетенции надзорных органов (1368—1644 гг. — при династии Мин): учреждение двух новых должностей вместо старого Цензора: Ducha Yuan, который исполнял свои обязанности по надзору за соблюдением законов в пределах столицы, и Yushuhu'an, к которому перешли все полномочия по надзору за соблюдением законов в провинции³.

Третий период развития в Китае надзорной системы за законностью сформировался при династии Цин (1644—1911 гг.), когда произошло объединение названных должностей в одну — Ducha Yuan, к которой перешли все полномочия по надзору за соблюдением законов в провинции.

В России прокуратура была создана в 1722 г. Она была весьма мощным, строго централизованным органом, который четко реализовал предоставленные ему государством полномочия. Личный состав прокуратуры был наделен большой силой и авторитетом. По замыслу Петра I, генерал-прокурор должен был стоять на страже интересов императора, государства и всех граждан⁴.

Прокуратура, по мнению О. Е. Кутафина, создавалась в России как представительный орган, прежде всего императорской власти, осуществляющий от ее имени и по ее поручению повсеместный и постоянный надзор и контроль за действиями и решениями правительствующего Сената, других центральных и местных учреждений⁵.

Полномочия прокуроров России того периода заключались в выявлении нарушения, предложении его устранить, принесении протеста, который приостанавливал действие опротестованного акта. Если протест был отклонен, прокурор на-

¹ Око государево. Российские прокуроры XVIII века // Российская политическая энциклопедия. М., 1994. Т. 1. С. 5.

² Корешникова Н. Р. Правовые статусы прокуратур Российской Федерации и Китайской Народной Республики (сравнительно-правовой анализ) // Сибирское юридическое обозрение. 2019. Т. 2. № 16. С. 204.

³ Корешникова Н. Р. Указ. соч. С. 204.

⁴ Муравьев Н. В. Прокурорский надзор в его устройстве и деятельности. М., 1989. С. 282.

⁵ См.: Прокуратура Санкт-Петербурга: исторический очерк. СПб., 1997.

правлял «доношение» генерал-прокурору, который мог его поддержать либо отклонить.

Непосредственное уголовное преследование было вне компетенции прокурора. Он только наблюдал за ходом расследования дела и имел «попечение» о «колоднических», т.е. арестантских делах. Прокуроры также надзирали за фискалами, за которыми они должны были «иметь крепкое смотрение»⁶.

В периоды правления в России Екатерины I и Петра II прокуратура существовала де-юре, фактически ее роль была сведена на нет.

С 1741 по 1917 г. наблюдались периоды, когда прокуроров рассматривали как верховных блюстителей законов (1741 г.), должностных лиц, которые призваны были «сохранять целостность власти установленной» (1775 г.); призывали бороться с сокрытием преступлений и послаблениям преступникам (1802); «везде смотреть и бдение иметь, дабы в губерниях ничего противного закону и общей пользе не происходило» (1828 г.)⁷.

Изложенное свидетельствует о том, что до Судебной реформы 1864 г. в России наблюдались недостатки в осуществлении прокурорского надзора, поскольку он был подчинен исполнительной власти, его функции и сферы надзора были обширными, реальное и добросовестное их исполнение прокурорами практически было невозможно⁸.

В XIX в. задачи и значение генерал-прокурорской власти были резко ограничены: прокурор потерял роль «ока государева». Из надзора за правительством, каким мыслился прокурорский надзор Петром I, он превратился в правительственный надзор за судами и местными административными органами.

Участие прокурора в гражданском судопроизводстве того времени состояло в том, что прокурор вступал в процесс как «примыкающая сторона», представляя суду заключение после состоя-

зания сторон. Прокурор действовал в качестве главной стороны, если дело носило публичный характер, затрагивало интересы государства и общества. «Прокурор — блюститель закона, естественно, служит в то же время и представителем публичных интересов», — утверждал Н. В. Муравьев⁹.

За прокуратурой оставался надзор за соблюдением законов, касающихся прав граждан.

Вместе с тем прокурорский надзор в период от реформ 1864 г. до Октябрьской революции 1917 г. не достиг поставленной цели и не способствовал вынесению законных судебных решений. Фактически надзор прокурора свелся к роли консультанта по юридическим вопросам, при этом мнение прокурора часто для суда не имело существенного значения¹⁰.

В сущности, прокуратура царской России обший надзор за исполнением законов не осуществляла, деятельность ее в основном была ограничена судебной сферой.

В Китае в 1911 г. в результате революции пала династия Цин во главе с императором Пу И. Китай стал республикой, что повлекло изменения в системе органов государственной власти. Пятую ветвь власти в государстве наравне с законодательной, исполнительной, судебной и экзаменационной (аттестационная комиссия чиновников), заняла система органов надзора. Эта система существовала до 1949 г., т.е. до начала гражданской войны.

Народным правительством КНР в 1954 г. были учреждены надзорный комитет и министерство по надзору за соблюдением законов. Идея создания в Китае органов народной прокуратуры была частично заимствована у СССР.

Советский и российский период развития прокуратуры подробно исследован в российской научной и учебной литературе¹¹.

⁶ См.: Бессарабов В. Г. Дореформенная (петровская) прокуратура (1772—1864 гг.) // Журнал российского права. 2002. № 8.

⁷ Соловьев С. М. История России с древних времен. М., 1993. Т. 8. С. 141.

⁸ Участие прокурора в рассмотрении гражданских, арбитражных и административных дел : курс лекций / отв. ред. Т. И. Отческая. М. : Проспект, 2018. С. 19.

⁹ Муравьев Н. В. Прокурорский надзор в его устройстве и деятельности. М., 1989. С. 5.

¹⁰ Участие прокурора в рассмотрении судами гражданских, арбитражных и административных дел : курс лекций / отв. ред. Т. И. Отческая. М. : Проспект, 2018. С. 19.

¹¹ См.: Марков П. О прокурорском надзоре в гражданских делах // Журнал Министерства юстиции. 1864. Кн. 3. С. 516 ; Юренин П. Об участии прокурорского надзора в гражданских делах // Журнал гражданского и торгового права. 1871. Кн. 4. С. 770 ; Судебные уставы от 20 ноября 1864 г. с разъяснением их по решениям кассационных департаментов правительствующего Сената. СПб., 1877. С. 28 ; Васильковский Е. Недостатки Устава гражданского судопроизводства // Журнал юридического общества. СПб., 1895. Кн. 1. С. 29 ; Тадевосян В. С. Прокурорский надзор в СССР. М., 1956. С. 80 ; Добровольская Т. Н. Понятие надзора за судебной деятельностью судов, его значение для улучшения работы органов советского правосудия // Ученые записки ВНИИСЗ. М., 1964. Вып. 1. С. 90 ; Муравьев Н. В. Указ. соч. С. 282 ; Казанцев С. М. История царской прокуратуры. СПб. : Изд-во СПбГУ, 1993. С. 37 ; Прокуратура Санкт-Петербурга : исторический очерк ; Скуратов Ю. Новое в законе о прокуратуре // Законность. 1997. № 5. С. 3 ; Смыкалин А. От реформ Екатерины II к судебной реформе 1864 г. // Российская юстиция. 2001. № 3. С. 39 ; Сухарев А. Д. Участие прокурора в гражданском и арбитражном судопроизводстве: проблемы теории и практики : сб. науч. тр. М., 2001. С. 38 ; Бессарабов В. Г. Указ. соч. ; Макаров Н. Прокурорский надзор: прошлое, настоящее и будущее // Российская юстиция. 2002. № 4. С. 12 ; Коршунова О. Н. Участие прокурора в рассмотрении

КНР создавалась по советской модели. Власть в стране осуществляется Всекитайским собранием народных представителей, которое является высшим органом государственной власти (ст. 57 Конституции КНР)¹².

Постоянный комитет Всекитайского собрания народных представителей является постоянно действующим органом. Именно высший представительный орган государственной власти в КНР определяет количество ветвей власти в стране, вправе создавать новые органы государственной власти путем внесения изменений в Конституцию КНР (ст. 62 Конституции КНР).

В Китае сегодня созданы Верховная народная прокуратура, местные народные прокуратуры, военные прокуратуры и иные специальные народные органы надзора за соблюдением законности¹³, они являются четвертой ветвью власти в стране.

Законодательство КНР о государственном устройстве базируется на теории Руссо¹⁴ о власти народа.

Основная функция прокуратуры КНР изложена в ст. 134 Конституции КНР. Народная прокуратура Китайской Народной Республики является государственным органом надзора за соблюдением законности.

В соответствии с законодательством РФ прокуратура в России не является органом федеральной государственной власти. Так, исходя из ч. 1 ст. 11 Конституции РФ, государственную власть в Российской Федерации осуществляют Президент Российской Федерации, Федеральное Собрание (Совет Федерации и Государственная Дума), Правительство Российской Федерации, суды Российской Федерации.

Изложенное свидетельствует о принятии на конституционном уровне в России идеи Монтескье о разделении власти в государстве на три ветви — законодательную, исполнительную и судебную. Органы законодательной, исполнительной и судебной власти самостоятельны (ст. 10 Конституции РФ).

В статье 129 Конституции России закреплено, что прокуратура Российской Федерации — единая федеральная централизованная система органов, осуществляющих надзор за соблюдением Конституции Российской Федерации, исполнением законов, надзор за соблюдением прав и свобод человека и гражданина, уголовное преследование в соответствии со своими полномочиями, а также выполняющих иные функции. Полномочия и функции прокуратуры Российской Федерации, ее организация и порядок деятельности определяются федеральным законом.

Имеющаяся в юридической науке позиция о том, что прокуратура является частью судебной власти¹⁵, имеет своих оппонентов¹⁶, поскольку у нее нет функции вынесения судебных решений, хотя она взаимодействует с судом.

В Законе КНР «О государственных прокурорах» изложены обязанности и функции государственного прокурора: он контролирует исполнение законов; выступает государственным обвинителем от имени государства; ведет прямое расследование уголовных дел, принятых народной прокуратурой; выполняет другие обязанности и функции¹⁷.

В соответствии со ст. 2 Конституции РФ признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина составляют обязанность государства. В этой связи правомерным является выделение с 1995 г. в Федеральном законе от 17.01.1992 № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» главы 2 раздела 3 «Надзор за соблюдением прав и свобод человека и гражданина».

В Конституции РФ перечислены права и свободы человека и гражданина: равенство всех перед законом и судом; право на жизнь; охрана государством достоинства личности, право каждого на свободу и личную неприкосновенность, право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени; неприкосновенность жилища; право определять и указывать свою национальную принадлежность; право свободного передвижения,

судами гражданских, административных и арбитражных дел // Актуальные проблемы прокурорской деятельности : курс лекций / под ред. О. С. Капинус ; Академия Генеральной прокуратуры Российской Федерации. М. : Проспект, 2016. С. 112 ; Выступление Генерального прокурора РФ Ю. Я. Чайки на расширенном заседании в Генеральной прокуратуре РФ, посвященном 295-летию образования органов прокуратуры // Вестник Академии Генеральной прокуратуры РФ. 2017. № 1 (57). С. 7 ; Отческая Т. И., Володина Д. В., Отческий И. Е. Теория и практика участия прокурора в рассмотрении судами гражданских, административных и арбитражных дел : учебное пособие / отв. ред. Т. И. Отческая. М. : Проспект, 2018. 224 с. ; Отческая Т. И., Воеводина Т. Г. Прокурорский надзор за соблюдением прав и свобод человека и гражданина : учебное пособие. М. : Проспект, 2020. 186 с.

¹² Корешникова Н. Р. Указ. соч. С. 205.

¹³ Конституция КНР [в редакции 2018 г.] Ст. 134 // URL: https://chinalaw.center/constitutional_law/china_constitution_revised_2018_russian/.

¹⁴ Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Трактаты / пер. . М. : Канон-пресс ; Кучково поле, 1998. 416 с.

¹⁵ Ергашев Е. Р. Прокурорский надзор в Российской Федерации : учебник для бакалавров. М. : Юрайт, 2014. 392 с.

¹⁶ Авакьян С. А. Конституционное право России. Учебный курс : учебное пособие : в 2 т. 5-е изд., перераб. и доп. М. : Норма ; Инфра-М, 2017. Т. 1. 719 с. ; Т.2. 749 с. ; Корешникова Н. Р. Указ. соч. С. 203—208.

¹⁷ Закон КНР «О государственных прокурорах» // URL: http://russian.china.org.cn/links/txt/2007-09/25/content_8946155.htm.

выбора места пребывания и жительства; свобода мысли и слова; право на труд и на отдых; защита государством материнства и детства, семьи; право на жилище; право на охрану здоровья и медицинскую помощь; право на благоприятную окружающую среду; право на образование.

В статье 46 Конституции РФ гарантируется судебная защита прав и свобод каждому.

Актом, регулирующим защиту трудовых прав граждан, является приказ Генеральной прокуратуры РФ от 15.03.2019 № 196 «Об организации прокурорского надзора за соблюдением трудовых прав граждан». Согласно данному приказу все прокуроры Российской Федерации обязаны принимать дополнительные меры к осуществлению надзора за соблюдением трудового законодательства: собирать и обобщать информацию о состоянии законности в сфере трудовых отношений; выявлять организацию индивидуальных предпринимателей, которые уклоняются оформлять трудовые отношения с работниками и т.д.

Работа прокуроров РФ в этом направлении достаточно эффективна, поскольку только за 2019 г. по вопросам оплаты труда прокурорами по всей стране выявлено 377 667 нарушений законов; в суды в защиту нарушенных прав граждан направлено 195 372 иска на сумму 71 122 078 рублей; судами удовлетворено 181 798 исков на сумму 6 443 911 рублей¹⁸.

Серьезная работа проводится прокурорами РФ по исполнению законодательства об охране жизни, здоровья, защите семьи, материнства, отцовства и детства. При этом выявлено свыше 350 тысяч нарушений законов в указанной сфере: принесено 14 823 протеста; в суды направлено 41 464 иска на сумму 1 033 875 рублей; из них удовлетворено свыше 38 тысяч исков на сумму свыше 581 тысячи рублей¹⁹.

В соответствии с главой II Конституции КНР граждане КНР имеют право: избирать и быть избранными; на свободу личности; неприкосновенность жилища; на труд и обязанность трудиться; на отдых, материальное обеспечение, в случае болезни или потери трудоспособности; на образование и обязанность учиться; под охраной государства находятся: брак, семья, материнство и младенчество²⁰.

В Китае с 2009 г. были реализованы две программы действий в сфере прав человека, много сделано для обеспечения осуществления этих прав в реальной жизни. С этой целью проведены экономические, социальные и культурные программы,

в которых конечным результатом виделось повышение уровня качества жизни народа, гарантирования гражданских и политических прав.

По мнению разработчиков и исполнителей этих программ, социалистическое дело защиты прав человека с китайской спецификой «поднялось на новую ступень»²¹.

Во исполнение положений Конституции в КНР 29.09.2016 Госсоветом КНР была принята Государственная программа действий в сфере прав человека для построения в Китае среднезажиточного общества, стабильного развития сферы прав человека, рассчитанная на период до 2020 г. В ней отмечено, что в качестве руководящей идеи при реализации программы действий в сфере прав человека принцип развития человека назван «центральной звеном»; на первое место поставлены обеспечение прав народа на существование и развитие; защита социальной справедливости.

В соответствии с названной программой действий предусмотрены следующие меры в экономике: внедрение режима постоянной профессиональной подготовки трудящихся; долгосрочный механизм обеспечения безопасности на производстве; усиление работы по лечению профессиональных заболеваний; содействие трудоустройству выпускников вузов, ориентирование их в предпринимательство; оздоровление механизма регулярного увеличения заработной платы и обеспечения ее своевременной выплаты; усиление профилактики и контролирования производственных аварий, лечение профессиональных болезней.

Для реализации этих мер контролирующим и надзорным органам КНР предложено совершенствовать систему надзора и закона исполнения в сфере обеспечения труда²².

В сфере обеспечения базисного жизненного уровня определены такие меры, как обеспечение населения основным жильем, водой, безопасными продуктами питания и удобным транспортом; гарантии синхронного роста доходов городского и сельского населения; избавление от бедности за счет трудоустройства граждан в других местах; переселение граждан из районов с тяжелыми природными условиями в другие места; охват социальным обеспечением лиц, полностью или частично лишившихся трудоспособности; перестройка имеющихся ветхих домов в городских и поселковых трущобах, реализация ответственности в соответствии с Законом КНР «О безопасности продуктов питания в подведомственных районах»,

¹⁸ Статистические данные об основных показателях деятельности органов прокуратуры Российской Федерации за январь — декабрь 2019 года // URL: <https://genproc.gov.ru/stat/> (дата обращения: 09.03.2021).

¹⁹ Отческая Т. И., Воеводина Т. Г. Указ. соч. С. 40.

²⁰ Конституция КНР (в ред. 2018 г.).

²¹ Государственная программа действий в сфере прав человека (2016—2020 гг.) // URL: http://russian.news.cn/importnews/2016-09/29/c_135723004.htm.

²² Государственная программа действий в сфере прав человека (2016—2020 гг.).

создание профессиональных контролеров по качеству продуктов питания; улучшение транспортных условий для городского и сельского населения посредством строительства государственных скоростных шоссейных магистралей; в уездных городах — дорог II и выше класса, в волостях, поселках и селах дорог с жестким покрытием.

Программа также содержит развернутый перечень мероприятий по реализации в КНР права на социальное обеспечение, на имущество, на физическое здоровье, образование, права на окружающую среду.

При реализации права на окружающую среду интересным для прокурорской практики в России видится предъявление в суд общественно полезного иска по вопросам окружающей среды, а также формирование списка загрязнителей, которых следует контролировать в приоритетном порядке в бассейне семи рек.

Учитывая, что исполнение законодательства об охране окружающей среды актуально как для России, так и для Китая, заслуживает внимания положительный опыт Китая по формированию списка загрязнителей почвы, пахотных земель опасными отходами, токсически и химически вредными веществами от выплавки тяжелых металлов; по ускорению определения «красной черты» в охране экологической среды; по внедрению режима «списка исключений» для доступа производств в ведущие экологические функциональные районы.

Актуальным для обоих государств на ближайшие годы могут быть совершенствование процедуры законоисполнения по расследованию и наказанию сотрудников государственных учреждений, совершивших с использованием своего служебного положения незаконное задержание граждан или другие преступления, посягающие на права личности, а также регламентация управления и контроля за принудительным лечением для гарантий прав лиц, подвергшихся принудительному лечению.

Программа действий в КНР в 2020 г. закончила реализацию. Опыт этого государства по отдельным вопросам стратегии и развития защиты прав и свобод человека может быть заимствован в Российской Федерации.

Принятые в КНР в 1995 г. «Закон о прокурорах» и «Закон о судах» и изложенные в них нормы, их применение повысили уровень работы судов и прокуроров по исполнению законодательства.

Например, вступивший в силу Административно-процессуальный кодекс КНР позволяет подавать в суд иски об обжаловании действий административных органов или административных

работников, которыми был причинен гражданам ущерб, поэтому в Китае граждане называют этот Кодекс законом, дающим людям право «жаловаться на начальство»²³.

В КНР с 1994 г. применяются нормы Закона «О государственном возмещении», в соответствии с которыми граждане наделены правом на государственное возмещение ущерба, причиненного государственными учреждениями или их работниками их законных прав и интересов²⁴.

Юридическая наука Китая уделяет серьезное внимание теоретическим исследованиям прав человека. В стране существует множество ученых, специалистов разных направлений в вузах и НИИ, а также созданных центров по изучению прав человека.

В этой связи за последние 20 лет в стране проведены многочисленные симпозиумы, вебинары и конференции общегосударственного значения, посвященные теоретическим исследованиям в указанных сферах.

Китайское правительство оказывает материальную поддержку исследованиям в данной области. В стране учрежден Китайский фонд изучения прав человека.

В настоящее время в Российской Федерации идет процесс формирования нового и модернизации существующего механизма обеспечения прав и свобод человека и гражданина. Проводятся всесторонние исследования в этой области.

Проблема защиты прав и свобод человека и гражданина в обществе была и остается одной из приоритетных в научной среде. Отдельным аспектам указанной темы посвящены работы С. А. Авакьяна, С. С. Алексеева, М. В. Баглая, Н. С. Бондаря, Н. В. Витрука, Д. Э. Марченко, Н. И. Матузова, Л. Х. Мингазова, П. Е. Недбайло, В. А. Патюлина, Ф. М. Рудинского, В. Н. Скобелкина, А. В. Стремоухова, Д. М. Чечота, Б. С. Эбзеева и др.

В настоящее время в Российской Федерации сложилось новое направление исследований по правам человека, которое касается проблем изучения отдельных видов деятельности органов государственной власти в сфере защиты прав и свобод личности.

Представленный автором анализ защиты прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации и Китайской Народной Республике позволяет выразить надежду на возможность взаимного использования положительного опыта в России и Китае, с тем чтобы обеспечить реальную защиту прав и свобод человека и гражданина в каждом государстве.

²³ URL: <http://stpetersburg.china-consulate.org/rus/zt/rqwt/t175676.htm>.

²⁴ URL: <http://stpetersburg.china-consulate.org/rus/zt/rqwt/t175676.htm>.

Сравнительный анализ организации деятельности правоохранительных органов Китайской Народной Республики и Российской Федерации

Comparative analysis of the organization of the activities of law enforcement agencies of the People's Republic of China and the Russian Federation

Н. В. Мишакова,

кандидат юридических наук,
старший преподаватель кафедры
организации судебной и прокурорско-следственной деятельности
Московского государственного юридического
университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Россия
nvmishakova@msal.ru

N. V. Mishakova,

Senior Lecturer, Department of judicial organization
and prosecutorial activities
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Russia
nvmishakova@msal.ru

© Н. В. Мишакова, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.093-095

Аннотация. Задача любого государства — создать такую систему государственных органов, которая сможет наиболее эффективно функционировать в целях упорядочения общественных отношений и признания человека, его прав и свобод высшей ценностью. Такая задача по силам только правильно выстроенной государственной системе правоохранительных органов. Сравнительный анализ организации деятельности правоохранительных органов России и Китая позволяет рассмотреть вопросы идентичности правоохранительных органов и заимствования международного опыта для эффективной организации правоохранительной деятельности.

Ключевые слова: Конституция Российской Федерации, правовая система, правоохранительные органы, правоохранительная деятельность, Китайская Народная Республика, Российская Федерация.

Abstract. THE task of any state is to create a system of state bodies that will be able to function most effectively in order to streamline public relations and recognize a person, his rights and freedoms as the highest value. Such a task is only possible for a properly structured state system of law enforcement agencies. A comparative analysis of the organization of the activities of law enforcement agencies in Russia and China allows us to consider the issues of the identity of law enforcement agencies and the borrowing of international experience in the effective organization of law enforcement activities.

Keywords : the Constitution of the Russian Federation, the legal system, law enforcement agencies, law enforcement activities, the People's Republic of China, the Russian Federation.

В современной юридической литературе понятие «правоохранительные органы» является полемичным. Отечественные специалисты В. П. Божьев, Б. Я. Гаврилов, А. В. Ендольцева, О. Д. Жук, В. Н. Исаенко, С. Л. Лонь, Ю. А. Ляхов, И. И. Сыдорук, Р. В. Шагиева и другие, занимающиеся этой тематикой, в своих трудах обосновывают различные по своему содержанию доктринальные подходы. Отчасти это вызвано тем, что, с одной стороны, указанное явление объективно существует, используется в юридической прак-

тике. Однако, с другой стороны, имеется правовая неопределенность в отношении содержания правоохранительных органов (какие институты к ним следует или не следует относить). В отраслевом действующем законодательстве этот вопрос также не урегулирован.

Не углубляясь в указанный вопрос, определимся, что под правоохранительными органами будем понимать созданные государством структуры, наделенные специальной компетенцией, основными задачами которых являются охрана законности

и правопорядка, защита прав и свобод человека, борьба с правонарушениями и их предупреждение. В данной работе проведем сравнительный анализ организации деятельности правоохранительных органов двух стран на примере России и Китая.

Исходя из унифицированного понятия «правоохранительные органы», можно условно разделить правоохранительные органы на государственные и негосударственные либо классифицировать их по видам правоохранительных органов: органы предупреждения, выявления и расследования правонарушений и преступлений; органы по оказанию юридической помощи; органы обеспечения соблюдения законности, правопорядка и безопасности.

Исходя из вышеуказанного подхода в Российской Федерации к правоохранительным органам относят Министерство внутренних дел РФ; Следственный комитет РФ; Федеральную службу безопасности Российской Федерации; Министерство по чрезвычайным ситуациям РФ; Федеральную службу по контролю за оборотом наркотиков; органы налоговой службы России; Федеральную таможенную службу; нотариат; адвокатуру; Министерство юстиции РФ; Федеральную службу исполнения наказаний; Федеральную службу судебных приставов, а также суды общей юрисдикции, арбитражные суды и конституционные (уставные) суды; систему органов прокуратуры РФ.

Такая классификация может быть применена и для Китайской Народной Республики. Исследование начнем с характеристики правовой системы.

Китай является одним из крупнейших и наиболее успешно развивающихся государств мира с населением более 1,5 млрд человек. В течение ряда лет уровень преступности в стране по международным стандартам остается достаточно низким, а точнее, по состоянию на 2019 г. занимает 81-е место в рейтинге самых безопасных стран, а китайские города являются одними из самых безопасных в мире, что можно считать показателем эффективности правовой системы и работы правоохранительных органов (за исключением уровня коррупции, здесь ситуация диаметрально противоположна)¹.

Как отмечает в своей работе Рене Давид, «традиционная для Китая концепция общественного строя, развивавшаяся до XIX века вне какого-либо иностранного влияния, полностью отличается от западной концепции (господство идеи «общества без права»). После провозглашения республики велась редакционная работа по созданию кодексов. Внешне, во всяком случае, китайское право

европеизировалось и вошло, как это полагают многие изучавшие его, в семью правовых систем, основанных на римском праве»².

При этом продолжали существовать традиционные понятия и, за немногими исключениями, именно они преобладали в реальной действительности. Кодексы и законы применялись в Китае только в той мере, в какой они отвечали народному чувству справедливости и приличиям.

Исследователь отмечает, что органические законы 1949 г., которые предусматривали воссоздание правовой системы, исходили из советской модели, были изданы крупные законы: о браке, профсоюзах, об аграрной реформе, о судебной организации и др. Была создана кодификационная комиссия, которая приступила к подготовке кодексов³.

С трудом происходило создание прокуратуры; отсутствовало отраслевое законодательство, задачи и цели прокурорской деятельности оставались неясны. Принцип законности был подвергнут нападкам. Критиковались отделение права от политики, независимость судей, юридический формализм и другие принципы. В период «культурной революции» институт прокуратуры был разрушен, его функции выполняли органы общественной безопасности⁴.

Таким образом, правовая система Китая представляет собой уникальное правовое явление, включающее в себя конфуцианские ценности, нормы традиционного (древнекитайского) права, характерные черты права стран социалистической системы, а также принципы и нормы современного международного права.

По состоянию на 2021 г. правоохранительная система КНР состоит из: органов полиции, прокуратуры, следствия, адвокатуры, системы судебного и административно-правового управления, пенитенциарной системы.

В 1995 и 2001 гг. были приняты Законы о судьях и о прокурорах, установившие высокие требования к этим работникам правоохранительных органов и обеспечивавшие защиту их правового статуса действующим законодательством.

Особенности Прокуратуры КНР обусловлены общественным строем. Органы прокуратуры в первые годы назывались управлениями народной прокуратуры и, в отличие от судов, не имели своих предшественников.

В октябре 1949 г. был впервые назначен Генеральный прокурор и объявлено о создании Верховной народной прокуратуры с созданием местных управлений народных прокуратур различных ступеней.

¹ URL: <https://globus.world/blog/bezopasno-li-v-kitae> (дата обращения: 07.03.2021).

² Давид Р. Основные правовые системы современности / пер. с фр. и вступ. ст. В. А. Туманова. М. : Прогресс, 1988. С. 437.

³ Давид Р. Указ. соч. С. 443.

⁴ Гудошников Л. М. О системе правоохранительных органов Китайской Народной Республики : материалы ежегодной научной конференции Центра политических исследований и прогнозов Китая ИДВ РАН. Вып. 29. М., 2014. С. 168.

В настоящий момент в Китае учреждены Верховная народная прокуратура, местные народные прокуратуры различных ступеней и военные прокуратуры. Верховная народная прокуратура является высшим органом государственного надзора за исполнением законов. Верховная прокуратура подотчетна и подконтрольна Всекитайскому собранию народных представителей и его постоянному Комитету. Верховная народная прокуратура является носителем прокурорской автономии и имеет право принимать решения в соответствии с законом.

В соответствии со ст. 135 Конституции КНР в Китайской Народной Республике учреждаются Верховная народная прокуратура, местные народные прокуратуры, военные прокуратуры и иные специальные народные прокуратуры. Согласно ст. 134 Конституции КНР Народная прокуратура Китайской Народной Республики является государственным органом надзора за соблюдением законности. Таким образом, можно считать, что Народная прокуратура Китая является четвертой ветвью власти.

Нормативное регулирование судостроительства в Китае осуществляется Конституцией 1982 г. и Законом об организации народных судов 1979 г. в новой редакции. «Судебные органы выполняют главным образом карательную функцию, а также призваны участвовать в перевоспитании лиц, совершивших преступления и проступки.»⁵

Существуют общие суды (Верховный народный суд и местные народные суды трех ступеней — высшей, средней и низовой) и специальные суды (военные суды, железнодорожного, водного транспорта и другие специализированные народные суды).

Низовое звено местных народных судов формируется гражданами путем выборов. Судьи местных судов, как и судьи Верховного народного суда, также не пользуются несменяемостью и независимостью. Они отчитываются перед местными представительными органами либо их постоянными комитетами. Верховный народный суд формируется высшими органами государственной власти. Председателя избирает Всекитайское собрание народных представителей. Членов суда назначает постоянный комитет Всекитайского собрания народных представителей. Верховный народный суд осуществляет судебный контроль над деятельностью общих и специальных судов.

Что касается Российской Федерации, то, по мнению Н. В. Субановой, прокуратура Российской Федерации является «уникальным государственным органом, призванным обеспечивать един-

ство и укрепление законности на всей обширной территории Российской Федерации, соблюдение высокой дисциплины в исполнении законов на всех уровнях власти»⁶.

В Конституции РФ нормы об органах прокуратуры включены в гл. 7 «Судебная власть и прокуратура» (ранее называлась «Судебная власть»)⁷. По статье 129 Конституции РФ прокуратура РФ представляет собой единую централизованную систему органов. После поправок 2020 г. был пересмотрен порядок назначения на должность прокуроров, из чего можно сделать вывод о том, что ключевые кадровые полномочия по назначению и освобождению от должности прокурорских работников у Генерального прокурора РФ и Совета Федерации сведены к минимуму.

Генеральная прокуратура Российской Федерации оказывает практическую и методическую помощь нижестоящим прокурорам в организации прокурорского надзора, осуществляет руководство и контроль за их деятельностью, разрабатывает нормативно-правовые основы прокурорского надзора за исполнением законодательства.

Прокуратуры субъектов Российской Федерации осуществляют надзор за исполнением законов представительными (законодательными) и исполнительными органами субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, а также действующими на территории субъекта РФ территориальными подразделениями федеральных органов исполнительной власти, в том числе контролирующими органами, их должностными лицами, органами управления и руководителями коммерческих и некоммерческих организаций.

Представители Генеральной прокуратуры РФ принимают активное участие в деятельности структур ООН по вопросам противодействия коррупции, в работе различных Межправительственных рабочих групп. В свою очередь, Китайская Народная Республика начинает более активно влиять на международные решения, вступать в международные организации.

В заключение хотелось бы отметить, что любое государство создает такую систему государственных органов, которая сможет наиболее эффективно функционировать и развиваться для достижения целей существования демократического государства — упорядочения общественных отношений и признания человека, его прав и свобод высшей ценностью. Имплементация зарубежного опыта государственного строительства должна происходить с учетом специфики конкретного государства.

⁵ Давид Р. Указ. соч. С. 444.

⁶ Проверка прокурором исполнения законов : пособие / под общ. ред. Н. В. Субановой ; Ген. прокуратура РФ ; Академия Ген. прокуратуры РФ. М., 2015. С. 9.

⁷ Конституция Российской Федерации [принята всенародным голосованием 12.12.1993] (с учетом поправок, внесенных Законом РФ о поправках к Конституции РФ от 01.07.2020 № 11-ФКЗ) // СЗ РФ. 2020. № 31. Ст. 4398.

Проблемы защиты прав человека в условиях пандемии COVID-19 Problems of protecting human rights in the context of the COVID-19 pandemic

Н. С. Латыпова,
кандидат юридических наук,
доцент кафедры теории государства и права
Института права
Башкирского государственного университета, Россия
marchrose@yandex.ru

N. S. Latypova,
Cand. Sci. (Law), Associate Professor of the Department of
Theory of State and law of Institute of Law of
The Bashkir State University, Russia
marchrose@yandex.ru

© Н. С. Латыпова, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.096-100

Аннотация. В рамках глобального реагирования государств на пандемию COVID-19 правительства большинства стран в настоящее время вынуждены предпринимать чрезвычайные меры реагирования на возникшую национальную угрозу, вводя запреты и ограничения, устанавливая дополнительные обязанности и меры по контролю граждан, что неминуемо ставит вопрос о необходимости сохранения в условиях пандемии основополагающих принципов правового государства и основных конституционных прав и свобод человека и гражданина. Целью настоящей статьи является анализ основных проблем защиты прав человека и гражданина в условиях пандемии и определение базовых принципов и правил, на которых основываются государства при принятии законодательства, ограничивающего права и свободы граждан.

Ключевые слова: пандемия, права человека, COVID-19, защита прав человека, международное право, правовое государство.

Abstract. As part of the global response of States to the COVID-19 pandemic, most governments are currently forced to take emergency measures to respond to the emerging national threat, introducing bans and restrictions, establishing additional responsibilities and measures to control citizens, which inevitably raises the question of the need to preserve the fundamental principles of the rule of law and the basic constitutional rights and freedoms of man and citizen in the context of the pandemic.

The purpose of this article is to analyze the main problems of protecting human and civil rights in the context of a pandemic and to determine the basic principles and rules on which States are based when adopting legislation that restricts the rights and freedoms of citizens.

Keywords: pandemic, human rights, COVID-19, protection of human rights, international law, rule of law.

В условиях объявленной в 2020 г. пандемии каждое современное демократическое государство, встало перед глобальным выбором между правами и свободами граждан и тотальным контролем, националистической изоляцией и общемировым сотрудничеством. При этом представляется очевидным, что государства, в которых уважаются и защищаются права человека, основные свободы, демократические институты и господствует верховенство права, лучше всего подготовлены к тому, чтобы эффективно реагировать на современные вызовы.

При этом важно не допустить, чтобы правительства, предпринимая ответные меры на пандемию COVID-19, использовали пандемию в качестве предлога для ущемления прав и свобод граждан. Так, весной 2020 г. Парламентом Венгрии был принят спорный закон о наделении в условиях чрезвычайной ситуации Президента страны В. Орбана расширенными полномочиями, что вызвало волну опасений со стороны стран Европейского Союза о возможности массового нарушения прав и свобод граждан. Многие европейские политические деятели призвали за-

думаться о возможности введения санкций в отношении Венгрии в связи со злоупотреблением режимом чрезвычайного положения, введенным в стране на фоне пандемии COVID-19, поскольку, как отметила председатель Европейской комиссии У. Фон Дер Ляйен¹, несомненно важно, чтобы чрезвычайные меры не шли в разрез с фундаментальными принципами и ценностями правового государства.

Госсекретарь США Майкл Р. Помпео² на выступлении перед Конгрессом США, отмечая важность сохранения и соблюдения базовых демократических ценностей в условиях пандемии также подчеркнул, что демократическое общество — это то общество, которое достигнет положительного результата, именно в нем видится истинное благо свободы, и в ближайшие дни, недели и месяцы мир также это увидит.

Основой правовой защиты прав и свобод человека и гражданина в демократическом государстве в первую очередь является международное право. Все международные договоры и конвенции по правам человека таких организаций, как Организация Объединенных Наций, Совет Европы, Организация американских государств и Африканский союз основаны на Всеобщей Декларации прав человека 1948 г.³ и обеспечивают четко установленные и признанные правовые границы для использования государственной власти, в том числе и при осуществлении мер по смягчению последствий распространения COVID-19. Согласно ей, государственные учреждения и отдельные лица, действующие от имени государства, обязаны уважать, защищать и осуществлять права и свободы граждан.

Нарушение прав и свобод, предусмотренных Всеобщей Декларацией прав человека, недопустимо. В то же время, согласно Международному пакту о защите гражданских и политических прав 1966 г.⁴, гражданские и политические права все же могут быть ограничены государственными органами. Однако при этом должны быть выполнены три условия: мера должна быть предусмотрена законом, служить законной цели, например защите здоровья и безопасности, и быть необходимой. Кроме того, предпринятая мера должна

быть пропорциональна национальной угрозе и быть эффективной.

В апреле 2020 г. Организацией Объединенных Наций был подготовлен Доклад на тему «COVID-19 и права человека»⁵. В Докладе отмечено, что права человека играют ключевую роль в формировании ответных мер на пандемию, как в отношении чрезвычайной ситуации в области общественного здравоохранения, так и в отношении более широкого воздействия на жизнь и средства к существованию людей.

Основными проблемами в области защиты прав человека в условиях пандемии COVID-19 в Докладе названы: отсутствие доступа к медицинской помощи, социальная и гендерная дискриминация, злоупотребления при отслеживании и сборе персональных данных, проблемы ограничения права на свободу передвижения и выбора места жительства, нарушения прав человека на медицинскую помощь в зонах военных конфликтов и лагерях беженцев, усугубление ситуации с защитой женщин от домашнего насилия. В данном исследовании мы остановимся лишь на некоторых наиболее актуальных из указанных проблем.

Обязанность государства защищать права и свободы человека и гражданина относится в первую очередь к обязанности уважать, защищать и осуществлять право на жизнь, включая базовое медицинское обслуживание. При этом, защищая право на жизнь и здоровье, государство должно осуществлять эти меры в сочетании с другими обязательствами в области прав человека, особенно с гражданскими и политическими правами: правом на неприкосновенность частной жизни, свободу передвижения, недопустимость распространения медицинских персональных данных.

COVID-19 стал серьезным испытанием возможностей государства по защите права граждан на охрану здоровья и на свободный доступ к медицинскому обслуживанию. Государства, которые имели на момент начала пандемии сильные и устойчивые системы здравоохранения, оказались лучше подготовлены к реагированию на кризисные явления. При этом многие страны с низким уровнем инвестиций в медицину оказались в ситуации полной неспособности обеспечить право

¹ Schiltz C. B. Brüssel Ungarn gehört in politische Quarantäne Die // Welt magazine. April 5. 2020. URL: <https://www.welt.de/politik/ausland/article206928125/Jean-Asselborn-Ungarn-gehoert-in-politische-Quarantaene.html> (дата обращения: 21.09.2020).

² U. S. Support for Democracy, Good Governance, and Human Rights in the Global Response to the COVID-19 Pandemic. Factsheet. July 20, 2020 // URL: <https://www.state.gov/u-s-support-for-democracy-good-governance-and-human-rights-in-the-global-response-to-the-covid-19-pandemic-2/> (дата обращения: 20.09.2020).

³ Международный пакт о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г. // Международная защита прав и свобод человека : сборник документов. М. : Юрид. лит., 1990. С. 32.

⁴ Международный пакт о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г.

⁵ Report of United Nation «COVID-19 and Human Rights» // URL: https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/un_policy_brief_on_human_rights_and_covid_23_april_2020.pdf (дата обращения: 20.09.2020).

граждан на доступ к медицинской помощи. Защита базовых прав человека: права на жизнь и на охрану здоровья — оказались в прямой зависимости от экономического положения государства и самого пациента. К примеру, по данным Министерства здравоохранения США, при наличии базовой медицинской страховки стационарное лечение от COVID-19 оценивается в 11—24 тыс. долларов⁶, что позволяет говорить об отсутствии даже в ряде экономически благополучных стран свободного доступа граждан к медицинской помощи.

Одним из проблемных аспектов в области защиты прав человека в условиях пандемии является недопущение дискриминации. Дискриминация представляет собой несправедливое дифференцированное обращение по признаку пола, этнической принадлежности, национального происхождения, вероисповедания, возраста или других личностных особенностей, приводящее к лучшему или худшему обращению с конкретными группами населения по сравнению с населением в целом. Согласно Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. «пользование правами и свободами должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации»⁷. Однако в отчетах международных организаций⁸ появляются все новые свидетельства того, что подключение к аппаратам искусственной вентиляции легких и размещение больных COVID-19 в стационарах нередко ставится в зависимость от возраста пациента или его социального положения, или этнической принадлежности, что является недопустимым в правовом государстве.

Одновременно с этим дискриминация может проявляться в оказании помощи пациентам с коронавирусной инфекцией в условиях приостановления оказания плановой медицинской помощи, что ставит других пациентов в неравное положение и приводит к ущемлению их права на получение медицинской помощи. Следует помнить, что в данном случае правовые и этические нормы должны идти рука об руку.

Помимо этого, нестабильность и страх, порождаемые пандемией, усугубляют дискриминацию в отношении определенных групп, ненавистнические высказывания, ксенофобию, нападения и принудительное возвращение беженцев, жестокое

обращение с мигрантами, а также ограниченный доступ к медицинским услугам малообеспеченных слоев населения.

Следующей проблемой является защита частной жизни и персональных данных в условиях пандемии. Согласно ст. 17 Международного пакта о гражданских и политических правах «никто не может подвергаться произвольному или незаконному вмешательству в его личную и семейную жизнь, произвольным или незаконным посягательствам на неприкосновенность его жилища или тайну его корреспонденции...»⁹. В то же время в соответствии со ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод «не допускается вмешательство со стороны публичных властей в осуществление этого права, за исключением случаев, когда такое вмешательство предусмотрено законом и необходимо... для охраны здоровья или нравственности или защиты прав и свобод других лиц»¹⁰.

Таким образом, в законодательстве о правах человека признается, что чрезвычайные ситуации на национальном уровне могут потребовать установления ограничений определенных прав человека и объявленная Всемирной организацией здравоохранения пандемия может считаться правовым основанием ограничения прав граждан на неприкосновенность частной жизни. При этом проблемным аспектом остается необходимость соблюдения в данном случае принципа достаточности и обоснованности предпринимаемых государством мер.

Некоторые страны, включая Южную Корею, Сингапур и Израиль, приняли законодательные акты¹¹, разрешающие государственным органам получать детализацию местоположения и контактов пациентов с подтвержденным диагнозом COVID-19 с целью получения информации об их передвижении и о контактировавших с ними лицами с использованием разведывательных средств отслеживания, определения местоположения мобильных телефонов, видеозаписей камер видеонаблюдения и транзакций по кредитным картам. В ходе этого процесса были раскрыты подробности частной жизни лиц, что вызвало опасения общественности в отношении нарушения права на неприкосновенность частной жизни,

⁶ Rae M. Potential cost of COVID-19 treatment // Health System Tracker. March 13, 2020. URL: <https://www.healthsystemtracker.org/brief/potential-costs-of-coronavirus-treatment-for-people-with-employer-coverage/> (дата обращения: 28.09.2020).

⁷ Конвенция о защите прав человека и основных свобод ETS № 005 от 4 ноября 1950 г. // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru/> (дата обращения: 28.09.2020).

⁸ Kirby T. Evidence mounts on the disproportionate effect of COVID-19 on ethnic minorities // *Lancet Respir Med*. 2020. № 8. URL: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/32401711> (дата обращения: 20.09.2020).

⁹ Международный пакт о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г. // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ Конвенция о защите прав человека и основных свобод ETS № 005 от 4 ноября 1950 г. // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ Zastrow M. South Korea is reporting intimate details of COVID-19 cases: has it helped? // *Epubahead*. 2020. № 18. URL: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/32203363> (дата обращения: 20.09.2020).

поскольку указанные данные собирались без соответствующего письменного согласия лиц на сбор и хранение персональных данных. В то же время, отсутствие подобной информации не позволяет государству своевременно предотвращать новые очаги инфекции.

Признавая эту необходимость, частные компании, такие как Google и Apple, разработали интерфейс для поддержки таких приложений¹². Геолокационные данные в данном случае собираются с согласия граждан и удаляются из баз данных, как только цель сбора информации достигается. Таким образом, временное использование подобных приложений для отслеживания контактов можно считать допустимым компромиссом с точки зрения прав человека.

С целью ограничить распространение вируса и избежать чрезмерного давления на систему здравоохранения почти во всех странах мира были введены ограничения на свободу передвижения посредством карантина, изоляции и запрета на поездки. В Китае 760 млн человек были изолированы в жилых помещениях в качестве меры по сдерживанию вируса. В Российской Федерации согласно поручению Правительства РФ от 26 марта 2020 г. «О решениях по итогам заседания президиума Координационного совета при Правительстве Российской Федерации по борьбе с распространением новой коронавирусной инфекции на территории Российской Федерации 25 марта 2020 года»¹³ было прекращено регулярное и чартерное авиасообщение, осуществляемое из российских аэропортов в аэропорты иностранных государств и в обратном направлении.

Однако согласно ст. 12 Международного пакта о гражданских и политических правах «каждый человек имеет право покидать любую страну, включая свою собственную» и «никто не может быть произвольно лишен права на въезд в свою собственную страну». При этом, если учитывать международную практику и Руководство Всемирной организации здравоохранения от 16 апреля 2020 г. Рекомендации по корректировке мер общественного здравоохранения и социальных мер в контексте COVID-19¹⁴, то меры по ограничению свободы передвижения и пересечения границ можно считать оправданными в случае пандемии.

При этом необходимо принимать во внимание, что изоляция может иметь непропорционально негативные последствия для здоровья некоторых людей, а ограничение свободы передвижения может повлечь нарушение права на образование, свободный выбор профессии и рода деятельности, на доступ к социальным услугам и других прав. Поэтому ограничения на свободное передвижение должны быть соразмерными, недискриминационными и ограничены сроками.

Таким образом, в условиях объявленной пандемии, ставшей угрозой национальной безопасности и общественного благополучия большинства государств, ограничение прав и свобод граждан стало вынужденной, но необходимой мерой. При этом правовая грань, на которой балансируют правительства, предпринимая те или иные ответные меры, до сих пор четко не предусмотрена в международных нормативных актах, а лишь косвенно очерчивается в рекомендациях Всемирной организации здравоохранения и в Руководствах Организации Объединенных Наций. Очевидно, что в подобной ситуации в случае необходимости введения законодательных мер ограничения прав и свобод человека и гражданина государство должно опираться как на законодательство в области прав человека, так и на конкретные рекомендации Всемирной организации здравоохранения и национальных медицинских и правительственных организаций.

При этом важно учитывать, что конкретные нормы в области прав человека, такие как право на жизнь и свободу передвижения, являются частями взаимосвязанной, взаимозависимой и неделимой системы. Ограничение одного права неминуемо влечет ограничение других. Следствием этого является то, что права и свободы должны быть сбалансированы в целостной перспективе, а общими принципами при реализации мер против распространения COVID-19 должны стать принципы законности, соразмерности, разумности и срочности. Только отлаженная система защиты прав человека поможет государствам эффективно справиться с вызовами и потребностями XXI в., достичь глобальной стабильности, солидарности и плюрализма, при этом сохранив базовые ценности демократического общества.

¹² Morley J., Cowls J., Taddeo M. Ethical guidelines for COVID-19 tracing apps // *Nature*. 2020. № 582. URL: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/32467596> (дата обращения: 20.09.2020).

¹³ Поручение Правительства РФ от 26.03.2020 «О решениях по итогам заседания президиума Координационного совета при Правительстве Российской Федерации по борьбе с распространением новой коронавирусной инфекции на территории Российской Федерации 25 марта 2020 года» // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru/> (дата обращения: 28.09.2020).

¹⁴ URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_351718/ (дата обращения: 26.09.2020).

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Kirby T. Evidence mounts on the disproportionate effect of COVID-19 on ethnic minorities // Lancet Respir Med. — 2020. — № 8. — URL: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/32401711> (дата обращения: 20.09.2020).
2. Morley J., Cowls J., Taddeo M. Ethical guidelines for COVID-19 tracing apps // Nature. — 2020. — № 582. — URL: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/32467596> (дата обращения: 20.09.2020).
3. Rae M. Potential cost of COVID-19 treatment // Health System Tracker. — March 13. 2020. — URL: <https://www.healthsystemtracker.org/brief/potential-costs-of-coronavirus-treatment-for-people-with-employer-coverage/> (дата обращения: 28.09.2020).
4. Schiltz C. B. Brüssel Ungarngehörtpolitische Quarantäne // Die Welt magazine — April 5. 2020. — URL: <https://www.welt.de/politik/ausland/article206928125/Jean-Asselborn-Ungarn-gehoert-in-politische-Quarantaene.html> (дата обращения: 21.09.2020).
5. Zastrow M. South Korea is reporting intimate details of COVID-19 cases: has it helped? // URL: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/32203363> 2020. — № 18. — (дата обращения: 20.09.2020). — DOI: 10.1038/d41586-020-00740-y.

Демография и репродуктивные права человека: проблемы и перспективы¹

Demography and reproductive rights: problems and prospects

Н. В. Кручинина,

доктор юридических наук, профессор,
профессор кафедры криминалистики

Московского государственного юридического университета
имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Россия
krimalistsmsal@list.ru

N. V. Kruchinina,

Dr. Sci (Law), Professor,

Professor of Department of criminalistics of the Kutafin
Moscow State Law University (MSAL), Russia
krimalistsmsal@list.ru

© Н. В. Кручинина, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.101-104

Аннотация. В статье анализируются демографические проблемы в России и КНР. Делается вывод, что вспомогательные репродуктивные технологии (экстракорпоральное оплодотворение, суррогатное материнство и т.д.) являются эффективными методами лечения бесплодия и, следовательно, частичного решения демографических проблем. В статье анализируются различные точки зрения на репродуктивные права человека. Обосновывается необходимость защиты репродуктивного здоровья и репродуктивных прав человека. Использование вспомогательных репродуктивных технологий в России, как и в Китае, расширяется. Законодательство, регулирующее правоотношения в данной сфере, нуждается в совершенствовании.

Ключевые слова: демографическая политика, дисбаланс, КНР, репродуктивное здоровье, лечение бесплодия, экстракорпоральное оплодотворение, репродуктивные права человека.

Abstract. This article analyzes the demographic problems in Russia and PRC. It is concluded that the assisted reproductive technologies (In vitro fertilization, surrogacy, etc.) are effective methods of treating infertility, and thus partially settling those demographic problems. Different views on human rights of reproduction are analyzed. It justifies the need to protect reproductive health. The number of cases of the use of assisted reproductive technologies in Russia and China is increasing. Legislation governing legal relations in this area needs further development.

Keywords: demographic policy, imbalance, PRC, reproductive rights, reproductive health, medical services, infertility treatment, in vitro fertilization, reproductive rights.

Совет управляющих Программы развития Организации Объединенных Наций в 1989 г. рекомендовал объявить 11 июля Всемирным днем народонаселения. Это еще раз подтверждает важность проблем, связанных с воспроизводством населения, с репродуктивными правами человека для существования и развития любого государства и всей цивилизации в целом.

Демографические проблемы существуют во многих странах мира, включая Российскую Федерацию и Китайскую Народную Республику (КНР).

На протяжении последних десятилетий в КНР менялась политика демографического регулирования. От осознания того, что большое население — это конкурентное преимущество, обеспечивающее масштабное развитие экономики (1949—

¹ Данное исследование осуществлено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-14084.

² Кузнецова С. В. Демографические процессы в КНР как фактор внутренних проблем и диспропорций // Социодинамика. 2019. № 5. С. 43.

³ Ван Е. Изменение демографической политики Китая: причины, результаты, перспективы // Народонаселение. 2018. Т. 21. № 1. С. 84.

1970 гг.), до жесткой политики, направленной на сокращение населения (1970—2000 гг.). Поэтому проводившаяся в Китае более трех десятилетий политика, направленная на снижение численности населения, привела к одному из самых низких в мире коэффициентов рождаемости — 1,22 младенца на 1 женщину.² А это, в свою очередь, породило массу проблем и, как отмечают китайские ученые, «если в начале антинатального регулирования принцип “одна семья — один ребенок” способствовал снижению слишком высоких темпов роста и сокращению общей численности населения, то через тридцать лет результатом стали проблемы, связанные с демографическим старением, гендерным дисбалансом, “скрытыми детьми”, “внутренней иммиграцией” сельских жителей города, ухудшением репродуктивного здоровья»³.

В начале 2000-х гг. макроэкономические успехи Китая позволили перейти к новой концепции в отношении рождаемости: стала очевидна необходимость в увеличении количества молодых людей. С 2016 г. в стране разрешена «двухдетность», но многие ученые задаются вопросом, почему рождаемость не растет ожидаемыми темпами. У этой проблемы много причин. В частности, «в половине китайских семей возраст супругов — старше 40 лет, в 2012 г. бесплодными были 15 % граждан детородного возраста, примерно в каждой восьмой китайской семье один из супругов не может иметь детей, а проблем с репродуктивным здоровьем не имеет только каждый пятый китайский студент»⁴.

Согласно Концепции демографической политики Российской Федерации на период до 2025 года, утвержденной Указом Президента РФ от 9 октября 2007 г. № 1351 (ред. от 1 июля 2014 г.)⁵, основополагающими целями демографической политики страны в указанный период являются стабилизация численности населения к 2015 г. на уровне 142—143 млн человек и создание условий для ее роста к 2025 г. до 145 млн человек.

Но, к сожалению, в России также существуют демографические проблемы, в том числе связанные с низкой рождаемостью. Во многом еще и потому, как утверждают медики, что количество бесплодных пар насчитывает миллионы, и с каждым годом оно увеличивается. В числе прочих

способов повышения рождаемости, на наш взгляд, необходимо развитие вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ), в число которых входят экстракорпоральное оплодотворение, донорство эмбрионов, ооцитов, спермы, криоконсервация эмбрионов и т.д.

Всемирная организация здравоохранения (ВОЗ) признала экстракорпоральное оплодотворение самым эффективным методом лечения бесплодия. По оценкам, бесплодие затрагивает до 186 млн человек во всем мире⁶.

По данным Европейского общества репродукции человека и эмбриологии, ежегодно в Китае делается около 1 млн циклов ЭКО, а в 2018 г. в России было проведено около 120 000 циклов ЭКО, и данная цифра увеличивается с каждым годом⁷, тем более что в России это можно сделать бесплатно в рамках обязательного медицинского страхования.

В Китае сегодня около 10 млн парам требуется ВРТ, которые трактуются как «социотехнический» продукт, и лишь 358 клиник в 2013 г. имели лицензию на ВРТ⁸.

8 декабря 2020 г. директор департамента медицинской помощи детям и службы родовспоможения Министерства здравоохранения России Е. Байбарина подчеркнула, что предоставлением услуг на основе вспомогательных репродуктивных технологий в стране занимается 424 государственные клиники и 825 частных клиник. Она также заявила в рамках экспертного обсуждения в Общественной палате проблем суррогатного материнства и механизмов регулирования репродуктивного туризма в России, что Минздрав считает возможным введение отдельной лицензии на предоставление услуг суррогатного материнства, одним из требований которой будет наличие только государственной формы собственности у медицинских организаций.

Возможность воспользоваться различными процедурами ВРТ — это часть репродуктивных прав человека. Однако не существует единого понимания репродуктивных прав человека, их охраны и регулирования в разных странах мира.

В частности, в Китае доступ к ВРТ предоставляется только официальным супружеским парам, что вызывает недовольство со стороны растущей прослойки успешных женщин, незамужних,

⁴ Лянь Хуа. Великая эпоха. Китайцы не хотят рожать // URL: <http://www.epochtimes.ru/kitajtsy-ne-hotyat-rozhat-98966814/> (дата обращения: 12.01.2021).

⁵ СЗ РФ. 2007. № 42. Ст. 5009.

⁶ Inhorn M. C, Patrizio P. Infertility around the globe: new thinking on gender, reproductive technologies and global movements in the 21st century // Human Reproduction Update. 2015. 21 (4). P. 411—426. Doi:10.1093/humupd/dmv016.

⁷ Кручинина Н. В., Воронова Н. В. Пробелы в правовом регулировании применения вспомогательных репродуктивных технологий // Пробелы в российском законодательстве. 2020. Т. 13. № 4. С. 441—446.

⁸ Qiao J., Feng Huai L. Assisted reproductive technology in China: compliance and non-compliance // Translation Pediatrics. 2014. № 3 (2). P. 91.

«за 30», нацеленных на позднее материнство, не обязательно в браке»⁹.

Поскольку проблемы, связанные с определением и регулированием репродуктивных прав, затрагивают интересы большинства государств, они являются предметом обсуждения на различных международных конференциях и форумах. Международная конференция по правам человека, проходившая в Тегеране в марте — апреле 1968 г., завершилась принятием такого документа, как Воззвание. В пункте 16 данного документа затрагивались вопросы репродукции человека: «Защита семьи и ребенка продолжает вызывать озабоченность международного сообщества. Родители обладают неотъемлемым правом свободно и с чувством ответственности определять число детей и сроки их рождения».

В некоторых странах к этому подходят с иных позиций. Есть страны, в которых при использовании ЭКО разрешен выбор пола ребенка¹⁰. В России и Китае это запрещено, тем более что в Китае новорожденные мальчики имеют предпочтение перед девочками. Это разрушает гендерный баланс и, как следствие, деформировало брачный рынок: сегодня на каждые 100 новорожденных девочек в некоторых районах Китая приходится 134 мальчика¹¹. И эта проблема связана с неразумным использованием медицинских достижений.

Еще Ф. Энгельс в XIX в. очень точно заметил, что нельзя обольщаться нашими победами над природой: «За каждую такую победу она нам мстит. Каждая из этих побед имеет, правда, в первую очередь те последствия, на которые мы рассчитывали, но во вторую и третью очередь совсем другие, непредвиденные последствия, которые очень часто уничтожают значение первых»¹². Поэтому один из острых вопросов — как совместить развитие биомедицины с необходимостью защитить репродуктивные права человека.

Анализу законодательства, регулирующего репродукционные процессы и репродуктивные права человека, обзору научных юридических исследований в этой области большое внимание уделяет Г. Б. Романовский¹³. В монографии этого ученого приводятся позиции разных специалистов по вопросам репродуктивных прав человека. В частности, исследуется позиция О. А. Хазовой, которая понимает под репродуктивными правами право свободно принимать ответственные решения относительно количества детей, интервалов между их рождениями и времени их рождения, право доступа к необходимым для этого информации и средствам, право достигать высших стандартов сексуального и репродуктивного здоровья, включая право принимать решения по вопросам, касающимся репродуктивного поведения в условиях отсутствия дискриминации, принуждения и насилия¹⁴.

Еще более широкое понимание репродуктивных прав предложено Ю. П. Павловой, которая включает в них право на донорство и хранение половых клеток, право на защиту своих репродуктивных прав¹⁵. При этом она утверждает, что перечисленные ею репродуктивные правомочия опираются на те или иные конституционные права (право на охрану здоровья, право на жизнь и др.). В монографии «Правовая охрана материнства и репродуктивного здоровья» Г. Б. Романовский приходит к выводу, что репродуктивные права — это, скорее, условный термин. По его мнению, в этой сфере позволительно говорить лишь о таких категориях, как «регулирование репродуктивной деятельности», «репродуктивное здоровье», «репродуктивные возможности»¹⁶.

Несмотря на то, что в нашей стране еще не устоялось определение репродуктивных прав человека и не удалось установить полный их перечень, исследования в этой области следует продолжать, в том числе изучать зарубежный опыт и соответствующие международные документы.

⁹ Kalinski A. Chinska metoda planowania rodziny // URL: <https://www.obserwatorfinansowy.pl/tematyka/makroekonomia/chinska-metoda-planowania-rodziny/> (дата обращения: 12.01.2021).

¹⁰ Кручинина Н. В., Воронова Н. В. Указ. соч. С. 442.

¹¹ Ван Е. Указ. соч. С. 87.

¹² Энгельс Ф. Роль труда в процессе превращения обезьяны в человека // К. Маркс, Ф. Энгельс. Соч. 2-е изд. Т. 20. С. 129.

¹³ Подробнее см.: Романовский Г. Б. Правовая охрана материнства и репродуктивного здоровья : монография. М. : Проспект, 2018.

¹⁴ Хазова О. А. Репродуктивные права в России: пределы законодательного регулирования // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2000. № 4. С. 16.

¹⁵ Павлова Ю. В. Репродукционная функция организма как форма реализации конституционного права человека на жизнь : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 4.

¹⁶ Романовский Г. Б. Указ. соч. С. 215.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Ван Е. Изменение демографической политики Китая: причины, результаты, перспективы // Народонаселение. — 2018. — Т. 21. — № 1. — С. 84—96.
2. Кручинина Н. В., Воронова Н. В. Пробелы в правовом регулировании применения вспомогательных репродуктивных технологий // Пробелы в российском законодательстве. — 2020. — Т. 13. — № 4. — С. 441—446.
3. Кузнецова С. В. Демографические процессы в КНР как фактор внутренних проблем и диспропорций // Социодинамика. — 2019. — № 5. — С. 33—42.
4. Лянь Хуа. Великая эпоха. Китайцы не хотят рожать // URL: <http://www.epochtimes.ru/kitajtsy-ne-hotyat-rozhat-98966814/> (дата обращения: 12.01.2021).
5. Павлова Ю. В. Репродукционная функция организма как форма реализации конституционного права человека на жизнь : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2007. — 32 с.
6. Романовский Г. Б. Правовая охрана материнства и репродуктивного здоровья : монография. — М. : Проспект, 2018. — 216 с.
7. Хазова О. А. Репродуктивные права в России: пределы законодательного регулирования // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. — 2000. — № 4. — С. 16—28.
8. Энгельс Ф. Роль труда в процессе превращения обезьяны в человека // К. Маркс, Ф. Энгельс. Соч. — 2-е изд. — Т. 20. — 486 с.
9. Inhorn M. C, Patrizio P. Infertility around the globe: new thinking on gender, reproductive technologies and global movements in the 21st century // Human Reproduction Update. — 2015. — 21 (4). — P. 411—426. — DOI: 10.1093/humupd/dmv016.
10. Kalinski A. Chinska metoda planowania rodziny // URL: <https://www.obserwatorfinansowy.pl/tematyka/makroekonomia/chinska-metoda-planowania-rodziny/> (дата обращения: 12.01.2021).
11. Qiao J., Feng Huai L. Assisted reproductive technology in China: compliance and non-compliance // Translation Pediatrics. — 2014. — № 3 (2). — P. 91—97.

Правовое регулирование сохранения культурных ценностей в рамках частного права в эпоху искусственного интеллекта

Precautions of the disappearing of cultural values and perseverance of cultural values under the private law in the era of artificial intelligence

Шэн Пэйчжуо,

Школа интеллекта и компьютера,
Тяньцзиньский университет, КНР
pangdongmei71@163.com

Чжу Сюэлинь,

Школа иностранных исследований, Университет Ланфан, КНР
pangdongmei71@163.com

Ван Чуньмэй,

Юридическая школа, Тяньцзиньский университет, КНР
pangdongmei71@163.com

Sheng Peizhuo,

School of Intelligence and Computer,
Tianjin University, China
pangdongmei71@163.com

Zhu Xuelin,

School of Foreign Studies,
Langfang Normal University, China
pangdongmei71@163.com

Wang Chunmei,

Law School, Tianjin Normal University, China
pangdongmei71@163.com

© Шэн Пэйчжуо, Чжу Сюэлинь, Ван Чуньмэй, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.105-113

Abstract. Neither every dramatic change in ways of production and living, nor the renovation of cognition and culture in human history are not the result of science and technology revolution. Private law culture, important part of human organizational culture and legal culture, is based on humanity, freedom and equality, justice, order and harmony. Present Artificial intelligent revolution will not only change human way of living and developing, but also affect private law culture dramatically and destructively, which will affect human beings as a whole and may lead to devastating destroy to humans. Firstly, individuals become digital persons under two-tier space structure, under which self will not be an end, but a device and means to be used by humans. Humans and machines coexist, which promotes artificial machines to become subjects, to a great extent. The modern somatic technology may create somatic, emotional or intelligent supermen, furthermore, an inequality between supermen and normal humans will result in reification and objectification of the latter. Secondly, data hegemony may arise from the algorithms and data which are becoming resources, which will make natural persons lose privacy, personal lives, personal space and critical abilities, in the end, natural persons will become transparent ones, furthermore, freedom of the private law will be fading away. Thirdly, data decision-making replaces human decision-making, and algorithm equality replaces formal equality. However, the algorithm black box, the value deviation of built-in program code and deep learning of intelligent machines may lead to permanent prejudice and discrimination against subjects, giving rise to overused algorithm, completely challenge and deviate from fairness and justice that private law seeks for. Therefore, it is necessary to prevent the theories systems and rules the private law from losing cultural values so as to develop high technology, live up to the expectation of humans

for a better life, and produce an orderly and harmonious society, which is an important goal of developing an intelligent society: First of all, humans are the main users of technology. The negative effect of technology application is based on perception and morality of human beings. The loss of private law cultural values, caused by the development and change of precaution technology, forces people to consider related perception and ethics, absorb various cultural values, maintain, uphold and advocate technological humanism, guide the development and practical application of artificial intelligence technology with ethical goodness, construct scientific humanism, and integrate science -technology and humanity. Secondly, the value of justice is relative and developing, which requires integrating the concept of data justice, code justice and algorithm justice into the value and basic principles, providing a new standard of justice for the freedom and equality of the private law, weakening and eliminating data hegemony and algorithm discrimination so that free value and equality of the private law will be recovered. Finally, Related concepts and principles must be included in systems and rules so that the private law subject system is reshaped, the private law subject status of intelligent robots is accepted completely or partly, and the subject-object confusion caused by human-computer symbiosis is removed. Moreover, the legal behavior system must be changed so that the civil subject's online and offline behavior and man-machine collaborative behavior are integrated and standardized, and the potential risks of the harmonious private law order are eliminated. Furthermore, legal right systems are updated and restructured, so that legal attributes and uses of data and information are redefined or reorganized reasonably, and the protection of data, information and privacy are strengthened. Last but not the least, the basic imputation principle and causality of civil liability must be renewed so that the liability risks caused by human-machine coordination and the independent behavior of intelligent machines are distributed reasonably, and compensation systems are improved.

Keywords: artificial intelligence, civil subject, cultural values under the private law, freedom , equality
Fund project: This paper is part of Project No. 18BFX113 of the National Social Science Foundation entitled The Research on Subjectivity Related to Artificial Intelligence and Regulations under Private Law.

Science and technology is the source of human prosperity and civilization progress. Furthermore, scientific and technological revolution is the fundamental driving force for the phased progress of the human society and the evolution of civilization. Humans have been passing through three technological revolutions in history and is now facing the fourth technological revolution, which is another major change in human cognition and information technology, and which will break the law of human natural selection and be replaced by intelligent design rules.¹ Hence, the era of wisdom is around the corner.

Compared with the previous scientific and technological revolution, the current intelligent information technology revolution will not only fundamentally change the way of human living and development, but also have a profound impact on people's views of life, value, ethic, culture, science and technology, philosophy,² which will affect mankind both positively and negatively. How to avoid its negative effects will be an unsettled problem to us.

As far as the private law is concerned, the intelligent information technology revolution will not only greatly affect and challenge the traditional private law system and theory, but also weaken two core values — freedom and equality--- in traditional private law culture to a great degree, with the

result of stripping and weakening the humanistic foundation of the private law, losing the dominant position of humans in the private law, and finally shaking and even subverting the entire private law system. Therefore, as the era of wisdom develops, in order to live a better life of wisdom, we must fully understand, avoid the subversive impact that the disappearing of the cultural values under the private law have on human private law society and private law life.

1. A brief development history of human cultural values during science and technology revolutions

In Choen's book *Revolution in Science*, he points out that since the beginning of the 18th century, the word "revolution" has been "not only related to the government, but also to ideas and cultural undertakings, especially in the development of science".³ He maintains, "Revolution is a sign of political change, social change and economic change, and it is widely recognized that revolution is also a sign of scientific change".⁴

However, it has been shown in human history that every essential change in production and way of life,

¹ Yuval Noah Harari. *A Brief History of Humankind* / translated by Lin Junhong. Beijing : CITIC Press Group, 2014:375.

² Lin Dehong. *Fifteen Lectures on Philosophy of Science and Technology*. Beijing : Peking University Press, 2004: 241.

³ Cohen B. *Revolution in Science* / translated by Lu Xudong & Zhao Pei Jie. Beijing : Commercial Press, 2017 : 91.

⁴ Cohen B. *Op. cit.* P. 92.

every great change in social order and social system, and every renewal of values in cognition and non-material culture is only the result of a major scientific and technological revolution. Human beings have material and non-material duality.⁵

Human material needs and existence is superior to its non-material needs and existence, and the former is the base of the latter, while the latter is more profound and advanced. Hence, major scientific and technological revolutions in human history affect material culture, then affect non-material culture, that is to say, those revolutions affect and change production and way of life of people obviously and directly, and then change human cultural values implicitly and progressively.

Natural survival is the earliest and most basic way of human survival. In the primitive natural survival stage, i.e. the first stage of natural survival, nature provides certain materials for the survival and development of human beings, human beings mainly collected and hunted for a living, wholly depending on the change of nature. Humans in this stage have no ability to produce organisms, let alone the understanding and adjustment of nature.

Following that stage, in the stage of natural survival partly depending on agriculture, human beings began to domesticate more and more plant and animal species. Because a large quantities of living things become extinct, humans created livestock, a new form of life. Thus, the agricultural revolution led to the first change in the way of human production and life.⁶ After that, "The natural growth of plants and animals developed into agricultural and animal husbandry production state."⁷

The way of human life develops from migration life to settlement life. However, because natural survival still mainly depends on biological resources, still relying on the natural conditions of nature and the natural conditions of human beings themselves, it is not only impossible to effectively solve the two basic contradictions between the infiniteness of human needs and the limited nature of natural resources,⁸ the infinite nature of human needs and the limited ability of individuals, but also human beings lack subjective initiative and the desire for innovation, inevitably surrender to the authority of nature, so that they beg and rely more on God-given and natural blessings, with the result of forming the natural worship which is naturalism in terms of the relationship between man and nature, and which is the primitive humanistic agricultural culture in cognition.

Confucius and Zhuangzi's expressions—"cure it inside, but not outside it" and "nothing tired", that is, "seeking virtue without seeking things"—are the representative of this cultural value. However, settlement life also limits the scope of human activities, and most people begin to have "their own home" so that the boundaries with other species begin to appear, and humans begin to develop towards self-centered organisms.⁹

However, it should be noted that although the agricultural revolution brings about the first change of human production and way of life, but the agriculture and animal husbandry is still biological production. Although human beings, in the material creation activities, began to gradually replace natural things and human beings themselves with artificial objects, so that human beings began to release from labor, but the technology as a whole was not separated from the laborers and didn't exist independent of materials.

As a whole, the first change in human production and lifestyle and the formation of naturalistic cultural concepts are not the result of scientific and technological changes or revolutions. Only in the modern industrial revolution does the power of scientific and technological revolution begin to really appear.

Although the signs and situations of the two industrial revolutions in modern times are different, the energy is converted into their common core, which has greatly solved the shortage of human energy and raw materials, and made science and technology serve the production process directly for the first time, which has triggered the booming human productivity, thus brings the important turn from traditional agricultural society to modern industrial society.

On one hand, agricultural industrialization has reduced the requirement of a large amount of labors, on the other hand, the remaining labors crowded into cities and promoted the development of urban large-scale industry and commodity production, the state and the market have replaced families and communities and become an important sources of power, individuals have begun to have roots in the state and society, becoming a subject of independence, freedom and equality, in the end, commodity exchange and consumption became the basic way of their survival. In this process, technology is completely separated from the laborers' corporeal forms and independent of human labor organs, which become the human way of behavior, creation

⁵ Lin Dehong. Op. cit. P. 22.

⁶ Yuval Noah Harari. *Homo Deus: A Brief History of Tomorrow* / translated by Lin Junhong. Beijing : Publishing House of Electronic Industry. 2017 : 71.

⁷ Lin Dehong. Op. cit. P. 286.

⁸ Lin Dehong. Op. cit. P. 286.

⁹ Yuval Noah Harari. *A Brief History of Humankind*. P.2014:95.

and survival,¹⁰ and survival of human beings are transformed from nature stage into technical stage.

With the help of objects created by technology, human beings not only improve their ability to understand and transform nature, but also improve and strengthen human abilities not by themselves by virtue of technology so that machines become objects of worship and technical culture can be generated, combined with science and culture, and develop into the leading culture of industrial society — science and technology culture, advocating that science and technology is a great force and the first productive force to promote social progress.

However, on one hand, because modern science and technology itself was originated from the European Renaissance Movement, when the modern literary and artistic revolution was appearing, on the other hand, there was no clear professional restrictions and division of labor, most of the people engaged in scientific and technological research are very knowledgeable, with a high humanistic quality. As Engels points out in his assessment of the Renaissance: “This is the greatest, progressive change that mankind has ever experienced, an era that requires giants and produces giants — giants in terms of thinking, enthusiasm and character, versatility and knowledge.” ... The heroes of that time had not yet become slaves to the dividing labor, which restricted people and had one-sided effects that we often saw in their successors.¹¹

Therefore, while modern technicalism, science and technology culture advocate science and technology as the first productive force, the people-oriented people advocated and respected modern humanism, regarded human beings themselves as the object of worship and the center of the universe; regarded justice, freedom and equality as the source of meaning and authority of human survival, which has been affecting and guiding the development of science and technology, providing and accumulating a profound foundation and heritage of human culture. However, the two cultures are beginning to show some kind of unbalanced development.

Since the 1950s, with the development and popularization of computers and the Internet, human society has been involved in the information revolution,¹² the third industrial revolution in history, and after experiencing mechanization and electrification, humans entered into the information

age. In fact, with the popularization and application of scientific and technological inventions such as papermaking, printing, telegraph and telephone, there have been many cognitive and information revolutions in human history.

However, the information technology revolution represented by computers and the Internet not only solves the problem of overloading human memory, but also makes more informationized, immediate and convenient communication, and information itself becomes a shared resource and property, as well as the “new economy” of the Internet becomes the focus of economic growth and recovery.

At the same time, human beings began to go beyond physical space and into the infinite virtual space created by the Internet. the multi-intersected, closed free “circle of friends” could be built on wechat, Micro-blog and other new media,¹³ thus expanding and complicating the human social network and its scale to a considerable extent, the internet life has become a basic way of life and a normal phenomenon in the Internet age. In the virtual space created by the Internet, third-party payment, crowdfunding mode, virtual currency and other new business patterns affect business model, trading methods, equity relations and operational management methods dramatically of the traditional single physical space, resulting in a large number of emerging rights, and leading to old and new rights conflict, changing and reorganizing interest patterns and human ways of life and survival, but also deeply changing and shaping people’s values and cultural perceptions.

There are diverse social forces and social subjects on the internet, such is interests and values. Every subject can participate in national governance and public life with the help of various new models and platforms, everyone can be editor and journalist to publish information and discourse expression,¹⁴ realizing self-shaping and sharing of values, and sharing has become a new value and a kind of culture in the Internet age.

At the same time, the information technology revolution caused by the rapid development of information technology, biotechnology and new materials technology will bring about a third revolution in the way of human production and life.¹⁵ The development of information technology makes the Internet proceed from publishing and interactive models to survival one, and the barrier between

¹⁰ *Lin Dehong*. Op. cit. P. 226—217.

¹¹ *Engels*. Natural Dialectics / translated by Yu Guangyuan, et. al. Beijing : People’s Publishing House, 1984: 6—7.

¹² *Zhang Jiangjian*. Intelligent Wave. Beijing : Chemical Industry Press, 2019 : 73.

¹³ *Ma Changshan*. Deconstructing and Rebuilding Law Order in Internet plus Era // Exploration and Free Views. 2016. (10). P. 40.

¹⁴ *Ma Changshan*. Two-way Construction of Order in the Internet Era Tribune of Political Science and Law // Chinese Journal of Law. 2018. 1. P. 133—134.

¹⁵ *Lin Dehong*. Op. cit. P. 248.

physical and virtual worlds is completely eliminated,¹⁶ human beings can seamlessly switch to virtual and realistic “dual space”; isolated things in the physical world can also be extended into the virtual world and everything could be connected on the internet; algorithms become the core, and information and data become resources, which creates a new digital economy form based on the network platform, and creates a new social model of human-computer symbiosis and intelligent interaction.¹⁷

And “digitalization can virtualize everything”,¹⁸ virtual survival has become a new form of human survival.¹⁹ As Niglo Ponti put it: “Computers are no longer just computers. Computers do determine our existence”, so that mankind enjoys unprecedented freedom, but the power of the state has not been reduced, which is a two-way increasing strange phenomenon.²⁰

Not only that, this intelligent information revolution caused by the development and application of high technology is more likely to have a great impact on human beings themselves. On one hand, human intelligence is replaced or optimized, and the limitations of human brain are surpassed, on the other hand, human beings are transformed from the subject of technology into the object of technology, and human life and body are technicalized.²¹

Modern science and technology culture is coming into being, and negative effects of technological “double-edged sword” are appearing, human freedom, equality, fairness, justice advocated in human culture, and even human beings themselves, may be recognized, so that established experiences and cognitive precipitation in all the associated human evolution, are challenged subversively.²²

2. The impact of the intelligent information revolution on cultural values under the private law and the disappearing of cultural values under the private law

Human beings themselves have cultural attributes. Furthermore, private law culture, an important

component of human system culture and legal culture, is based on humanistic care, with freedom and equality as the core value, for the purpose of fair justice and harmonious order, making outstanding contributions to the construction and development of political order, economic order, social order. However, the private law culture is facing the challenge of the disruptive destruction and impact with the development of artificial intelligence and the information technology revolution. In a sense, this kind of destruction and impact is essentially on human beings themselves and even devastating to human beings.

Firstly, the “double-layer space” structure and human-computer symbiosis will result in the dual loss of nature and subjectivity of civil subjects. In thousands of years of the private law life, civil subjects have always been living in the one-dimensional real world, keeping physical contact by touching each other and speaking language in the real world, with basic understanding, knowledge and trust between each other, and it is these “people” in the real world and their behavior that have become the object of the private law. Although the civil legal acts carried out by the subjects related to each other in the real world may not fully express the free will of the subject, realize and meet the demands of the subjects, they can still manifest the subject’s self — nature and their value claims.

However, in the era of Internet and artificial intelligence, the activities of civil subjects extend from physical space to network virtual space, while living under the dual framework of “physical world— digital world, real life-virtual life, physical space-electronic space”,²³ which fundamentally challenges civil subjects: First, data becomes the center of the world, everything of civil subjects becomes the object of big data or algorithms analyzed and quantified,²⁴ and the civil subject is remodeled into data man, which no longer regarded self as a purpose, but regarded self as devices and tools. Some scholars put, “Using algorithms to deal with some of the activities unique to human beings may result in the loss of the most fundamental human nature in these activities”.²⁵ Second, human-machine coordination and human-

¹⁶ Brockman J. Digerati — Encounters with the Cyber Elite / translated by Wang Zhong, et. al. Haikou : Hainan Press, 1998. P. 157.

¹⁷ Ma Changshan. Legal Transformation in the Era of Intelligent Internet // Chinese Journal of Law. 2018 (4) : 21—22.

¹⁸ Lin Dehong. Op. cit. P. 256.

¹⁹ Negroponte N. Being Digital / translated by HuYong & Fan Haiyan. Haikou : Hainan Press, 1996 : 15.

²⁰ Yang Yanchao. Robot Law — Building a New Order for the Future of Human. Beijing : Law Press, 2019 : 4.

²¹ Lin Dehong. Op. cit. P. 249, 257.

²² Wang Tianyi. Artificial Intelligence Revolution: History, Present and Future. Beijing Times Chinese Press : 192.

²³ Ma Changshan. Legal Transformation in the Era of Intelligent Internet // Chinese Journal of Law. 2018 (4) : 21.

²⁴ Michael P. Lynch. The Internet of Us: Knowing More and Understanding Less in the Age of Big Data, Translated by Zhao Yanan. Beijing : Publishing House of Electronic Industry 2017 : 222.

²⁵ Luke Dormeh I. The Formula:How Algorithms Solve All Our Problems... and Creat More, Translated by Hu Xiaorui et.al. Beijing : CITIC Press, 2016 : 223.

computer symbiosis will become the universal pattern of the Internet and artificial intelligence era; civil legal relations between people under traditional private law will develop into human-machine, and even machine-machine ones, not only intelligent machines have obtained the great possibility of development as subjects, but also the borderline between subjects and objects under traditional civil legal relations are challenged, so that the natural person as the subjects of human relations will be completely broken.²⁶ Third, with the help of modern human technology, it is possible to create a “post-biological man” subject while strengthening human body and intelligence, but also it is possible that a few elites are upgrading into physical, emotional and intellectual super-human beings, who are highly superior to other intelligent people so that species hierarchy will be established,²⁷ which may eventually lead to the most unequal society in human history,²⁸ and most people will become meaningless, worthless people, losing their sense of existence and self-worthiness, seeking only sensory stimulation and happiness, furthermore, their personality will be completely materialized, with the loss of human subjectivity.²⁹

Secondly, algorithmic worship and data hegemony will give a fatal blow to the private law freedom. Freedom is the eternal value human beings seeking; freedom is the core value of private law, respecting the subject's personal freedom and property freedom, respecting the subject's free will and freedom of movement, so as to show the underlying humanism and rationalism of private law. However, with the development of Internet and platform economy, algorithms and data increasingly have the attributes of resources and property, becoming the new resources and new types of property in the Internet age, while data and information have become a competitive target of platform enterprises and Internet merchants, but also become the object of Internet economic worship, and even data hegemony, so that, instead of human beings, big data and algorithms control the world and all the new authority.

Under the hegemony of data, big data and the Internet of Everything, the everything related to subjects of natural persons will be transformed into data losing privacy, so that natural persons will lose their personal lives, personal space and critical thoughts, then become a “transparent person”, who

cannot feel and experience “sacrosanct human lives and human experiences”, and big data algorithms will replace the free wills of subjects; the human absolute control will be transformed into a “relative” one; “complete” control will be into part control in private law.³⁰ Private freedom will be fading away, or even eradicated.³¹

Finally, subjects will be discriminated or treated unfairly owing to big data decisions and algorithmic black boxes. Fairness and justice are the original connotation and basic characters of law, and also the main value claim and the ultimate aim of law. Modern private law also regards fairness as its core value, and the principle of equality and fairness among subjects under private law promotes the realization of the eternal justice.

However, with the development of the Internet and artificial intelligence, human decision-making is increasingly dependent on algorithms, furthermore, data decision-making will replace human decision-making; algorithm equality will replace formal equality.³² That is to say, although algorithmic decision-making may make decision-making more scientific and more fair to some extent, but human beings may suffer from permanent individual or group prejudice or discrimination due to the value deviation of “algorithmic black box” or built-in program code, or the deep learning of intelligent machines themselves, which may bring social honor confusion and self-fulfilling prophecies to specific groups,³³ and even harm the public interest, breed “overused algorithm”, “big data cheating acquaintance” price discrimination, etc. what's more serious may be that algorithmic decision-making and big data become a tool for some people to seek improper benefits, which will not only greatly damage the legitimate rights and interests of some, or even all civil subjects, but also may lead the subject of private law to a state of incurable inequality, and thus challenge and deviate from fairness and justice under private law completely.

3. Precautions of the disappearing of cultural values under the private law in the era of artificial intelligence

Cook once said that in the age of artificial intelligence, “I'm not worried about artificial intelligence giving

²⁶ Yang Yanchao. Robot Law — Building a New Order for the Future of Human. Beijing : Law Press, 2019 : 14.

²⁷ Yuval Noah Harari. Homo Deus: A Brief History of Tomorrow. P. 315.

²⁸ Yuval Noah Harari. 21 Lessons for the 21st Century / translated by Lin Junhong. Beijing : CITIC Press Group, 2018 : 67.

²⁹ Tencent Research Institute. Artificial Intelligence te. Beijing : CITIC Press Group, 2018 : 67 gies. Beijing : China Remin University Press, 2017 : 316.

³⁰ Yang Yanchao. Robot Law — Building a New Order for the Future of Human : 374.

³¹ Yuval Noah Harari. Homo Deus: A Brief History of Tomorrow : 294.

³² Yang Yanchao. Robot Law — Building a New Order for the Future of Human : 102.

³³ Yang Yanchao. Robot Law — Building a New Order for the Future of Human : 104.

computers the ability to think like humans. I'm more concerned about people thinking like computers, without values or compassion, without concern for consequences".³⁴ The rapid development of internet and AI technology leads to the change of subjectivity of private law subjects in human society and deviation from traditional freedom and equality. Therefore, how to control and adjust present concept, system and rules to prevent the disappearing of cultural values under the private law, guide the benign and normative development of artificial intelligence technology, live up to the people's expectations for a better life in an orderly, harmonious and healthy society, has become an important topic and mission of civil legislation in the era of artificial intelligence.

First, technical humanism should be advocated and integrated into cultural values, guiding the development and practical application of artificial intelligence technology with benign morality, with the result of the establishment of scientific humanism and realizing the new integration of science and technology and humanities. Technology is a double-edged sword, but people are the controller of technology, so the potential negative effects of technology application lies in people's understanding and morality.³⁵

Therefore, in order to prevent the disappearing of cultural values under the private law, caused by the development of artificial intelligence technology and its variation, people should change their stereotype of technology and ethics. On one hand, human beings should understand that technology has natural and social attributes, and the development of technology should follow natural logics and social logics,³⁶ so as to correct logics of machines by using human logics, and to reduce and control the alienation of artificial intelligence technology and the possible negative effects on human society and private law subjects.

On the other hand, benign morality should be incorporated into the research, development and application of artificial intelligence technology, removing its demonic nature and returning to the human standard, "actively creating a robot technology culture full of humanistic care and rationalism, cultivating the humanistic minds of social

subjects, especially robot research and development subjects", realizing the new integration of science and humanism,³⁷ respecting and maintaining the ethics and values of natural person subjects, maintaining the free claims and their equal status of private law subjects, and ultimately safeguarding the human nature and subjectivity of natural person subjects.

Secondly, the concept of data justice, code justice and algorithmic justice should be contained in value and basic principles for the purpose of weakening or eliminating data hegemony and algorithmic discrimination, and recovering freedom and equality of private law subjects. Although law originates from justice as if a baby is from its mother,³⁸ the value of justice is relative and dynamic.³⁹ People understand justice differently and pursue different justice in different historical stages, at different times, and even in different societies or different countries of the same historical stage. The rapid development of artificial intelligence and information revolution is forcing human society into an unprecedented situation. "Traditional, modern and post-modern elements suddenly meet together.", which breaks the existing balance, makes public policy, systems, value, identity, class and social order, etc., are in the deconstruction and reconstruction brought about by the overbalance.⁴⁰

If humans want to restore and rebuild the benign order of human society and restore the free value and equality of private law subjects, they need to add data justice, code justice and algorithmic justice to the "family" of justice, so as to standardize and guide the flow of data, code editing and algorithmic decision-making, eliminate data hegemony and algorithmic black boxes, and enhance human well-being.⁴¹

The generation and inclusion of a new justice can also provide a choice of social value and guidance for the value of civil subjects, standardize and set new forms of behavior, so that big data and algorithms can be more intelligent to meet the diverse and high-level requirements of private law subjects, to recover the free and equal values of private law subjects,⁴² so that private law is constantly moving towards justice after human nature is analyzed carefully by big data and algorithms.

³⁴ Cook. I'm Not Worried about Artificial Intelligence. I'm more Concerned about People Thinking like Computers. EB/OL // URL: <http://finance.china.com/industrial/11173306/20170612/30706950.html>. 2018-12-21.

³⁵ Lin Dehong. Op. cit. 275.

³⁶ Lin Dehong. Op. cit. 220—221.

³⁷ Zhao Wanyi. On the Legal Subject Status of Robots: Basic Requirements of Legal Restraints on Robots // Journal of Guizhou Minzu University. 2018 (3) : 160.

³⁸ Radbruch G. The Philosophy of Law / translated by Wang Pu. Law Press, 2005 : 32.

³⁹ Wang Limin. Spiritual Building of Civil Law: Philosophy's Perspective. Beijing : Law Press, 2010 : 113.

⁴⁰ Ma Changshan. Deconstructing and Rebuilding Law Order in Internet plus Era // Exploration and Free Views. 2016 (10) : 39.

⁴¹ Ma Changshan. Legal Transformation in the Era of Intelligent Internet // Chinese Journal of Law. 2018 (4) : 25.

⁴² See: Wang Limin. Spiritual Building of Civil Law: Philosophy's Perspective. Beijing : Law Press. 2010 : 115—125.

Finally, we should remodel private law systems and private law rules, allocate rights, obligations and liabilities reasonably, integrate and standardize the online and offline behavior of private law subjects, and strengthen data, privacy and personal information protection. "The legal system is a system of allocating rights, obligations and liabilities",⁴³ the private law of the intelligent society must deal with the challenges brought about by the information revolution, and redesign the rules of the private law and system.

Specifically, private law systems and rules could be made out as follows.

First, private law subject systems should be remodeled. The private law subject status of intelligent robots should be recognized completely or partly, depending on the diversity of private law subjects, and the problem of object and subject confusion brought about by human-machine symbiosis should be removed. Of course, this problem could be solved under private law systems based on how to position subjects of artificial intelligence robots. Therefore, on one hand, no matter whether artificial intelligence has human characteristics or not, its individual existence is very different from the corporate structure of legal persons, and its independent decision-making with high intelligence is also very different from the corporate decision-making and operation of legal persons,⁴⁴ so it is appropriate to regard artificial intelligence robots as "humanlike" rather than "grouplike". On the other hand, artificial intelligence is a high-tech product and belongs to technical existence, very different from the biological existence of natural persons and the real natural existence, and as a subject, its instrumentality is also very different from the ethics and values of natural persons, so it is more appropriate to regard artificial intelligence as a fourth subject independent of natural persons, legal persons, illegal organizations.

Second, the civil legal behavior system should be changed. The civil subject's online and offline behavior including artificial intelligence, human-machine coordination and even machine-machine coordination behavior should be integrated and standardized so that the potential loss of harmony in the private law order should be avoided. Under the dual space structure, the network is not a space

outside the law, so the regulation of the civil subject behavior under private law must govern the network. Subject's online behavior must be standardized and limited, so that the online or offline, virtual or real, electronic or physical behavior of civil subjects are subject to the right regulations, as well as network order should be purified and kept. At the same time, after recognizing the subject status of artificial intelligence robots, the private legal system of human-machine interaction and machine to machine interaction behavior is established to realize the benign development of human-machine relationship and human-machine order.

Third, the concept of legal rights should be updated and reconstructed.⁴⁵ Data should be classified and distributed reasonably. The legal characteristics of personal information should be collected, classified and utilized, the protection of data, personal information and privacy should be updated, legitimate rights and interests of civil subjects should be guaranteed. The traditional civil rights system focuses on the property right, obligatory rights and personality rights, and use tangible objects, human behavior and personality interests as objects. With the development of the Internet and information revolution, not only new things such as data, information and virtual property are emerging, but also the "self-behavior" of the "thinking" machine may appear except for human behaviors, which broaden the scope of the object and subject of legal relations.⁴⁶

However, how to accurately understand and define the legal nature of these new things from the perspective of legal philosophy, confirm the classification of data and information from the legislative perspective, reasonably regulate the behavior of collecting and utilizing data and information, balance and distribute data appropriately and information subjects, and collect and utilize data related to rights and obligations of subjects, is a problem to be solved under private law in the Internet and the digital age. However, it is certain that when data and information are becoming important resources and production materials, affirming the property classification and object status of data and information, and making out systems and rules is what the private law should do in the society of science and technology.

⁴³ Friedman L. M. The Legal System: a Social Science / translated by Li Qiongying & Lin Xin. Beijing : China University of Political Science and Law Press, 2004 : 23.

⁴⁴ Wang Chunmei. Enlightenment and Reflection on the Robot Duality in the "Grishin Act" // Jiangnan Tribune. 2020 (9) : 130.

⁴⁵ Ma Changshan. Legal Transformation in the Era of Intelligent Internet : 30.

⁴⁶ Chen Fusheng & Yang Changyu. The Expansion of the Object of Legal Relations in the Age of Intelligent Internet — Thinking on the Issue of Emerging Rights // Journal of Heilongjiang Administrative Cadre College of Politics and Law. 2019 (1) : 2.

⁴⁷ Wu Handong. Institutional Arrangements and Legal Regulation in Age of Artificial Intelligence // Science of Law. 2017 (5) : 128.

Fourth, civil liability principles and causation should be rebuilt. The liability risks caused by the coordination of human-machine behaviors and the independent behaviors of artificial intelligence machines should be distributed reasonably. The system of damage filling should be perfected, and the legitimate interests of victims are fully remedied and protected. The traditional civil liability risks are distributed in accordance with the doer's behavior and mainly rely on doer's fault.

However, with the development of artificial intelligence, especially with the advent of strong artificial intelligence era, intelligent machines will have certain "autonomy", therefore, their actions are "independent", and how to identify the subject of liability for damages arising from them will be complicated and uncertain in terms of liability principles and cause-effect relationships, which will bring about the possibility of reforming civil liability systems based on the fault of human behaviors. Of course, from the perspective of human-computer collaboration, how to judge the liabilities and cause-effect relationships in terms of damages arising from

intelligent machines is a serious and complicated problem, which may be solved in the future as the AI technology develops and integrates into the civil subject system, civil legal act system, tort liability system and other systems.

To sum up, the internet and intelligent information innovation not only bring an unprecedented challenge to the current legal rules and legal order, but also conflict with the existing legal system in civil subject law, copyright law, tort liability law, personality law, traffic law, labor law, and so on, which discloses the defects in legal systems,⁴⁷ and make the subjects under private law suffer from subjectivity deviation and permanent discrimination, challenge the freedom and equality under private law to a great extent, fundamentally subverting the justice and humanism of private law. It is the aims of reforming the private law in the era of artificial intelligence that concepts under private law should be renewed, private law system should be remodeled, the cultural values under the private law should be maintained, and the subjectivity and subject status of human beings should be guaranteed.

REFERENCE

1. *Brockman J. Digerati -Encounters with the Cyber Elite* / translated by Wang Zhong, et.al. — Haikou : Hainan Press, 1998.
2. *Cohen B. Revolution in Science* / translated by Lu Xudong & Zhao Pei Jie. — Beijing : Commercial Press, 2017.
3. *Harari Yuval Noah. 21 Lessons for the 21st Century* / translated by Lin Junhong. — Beijing : CITIC Press Group, 2018.
4. *Harari Yuval Noah. Homo Deus: A Brief History of Tomorrow* / translated by Lin Junhong. — Beijing : Publishing House of Electronic Industry, 2017.
5. *Lynch M. P. The Internet of Us: Knowing More and Understanding Less in the Age of Big Data* / translated by Zhao Yanan. — Beijing : Publishing House of Electronic Industry, 2017.
6. *Luke Dormeh I. The Formula: How Algorithms Solve All Our Problems... and Creat More* / translated by Hu Xiaorui, et. al. — Beijing : CITIC Press, 2016.
7. *Markoff J. Machines of Loving Grace* / translated by Guo Xue. — Hanzhou : Zhejiang People's Press, 2017.
8. *Schwab K. The Fourth Industrial Revolution* / translated by Li Jing. — Beijing : CITIC Press, 2016.
9. *Yang Yanchao. Robot Law — Building a New Order for the Future of Human*. — Beijing : Law Press, 2019.
10. *Zhang Jiangjian. Intelligent Wave*. — Beijing : Chemical Industry Press, 2019.

«Самоочевидные истины» в современной интерпретации Self-evident truths in a modern interpretation

А. Ю. Новосельцев,
кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры международного публичного и частного права Дальневосточного федерального университета, Россия
novoseltsev297@gmail.ru

К. В. Степаныгин,
кандидат философских наук, доцент кафедры морского права
Морского государственного университета
имени адмирала Г. И. Невельского, Россия
kot_stepanyugin@mail.ru

A. Yu. Novoseltsev,
Cand. Sci. (Law), Associate professor,
Associate Professor of the Department
of Public and Private International Law
of the Far Eastern Federal University, Russia
novoseltsev297@gmail.ru

K. V. Stepanyugin,
Cand. Sci. (Philosophy),
Associate Professor of the Department
of Maritime Law of Maritime State University
named after admiral G. I. Nevelskoy, Russia
kot_stepanyugin@mail.ru

© А. Ю. Новосельцев, К. В. Степаныгин, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.114-117

Аннотация. В статье рассматриваются проблемные вопросы интерпретации таких концептуальных понятий, как права человека и демократия. По мнению авторов, у западной трактовки гуманитарной повестки появляется самостоятельная конкурирующая альтернатива.

Ключевые слова: буржуазные революции, социальный отбор, народовластие, демократия, права человека, система социального кредита.

Abstract. The article deals with the problematic issues of interpretation of such conceptual concepts as human rights and democracy. According to the authors the Western interpretation of the humanitarian agenda has an independent competing alternative.

Keywords: bourgeois revolutions, social selection, people power, democracy, human rights, social credit system.

Совместное заявление министров иностранных дел России и КНР, сделанное по итогам переговоров в китайском городе Гуилинь (桂林) в марте 2021 г., затрагивает вопросы международной гуманитарной повестки. В частности, разрушению присвоенной Западом монополии на интерпретацию таких концептуальных понятий, как права человека и демократия¹.

Права человека вошли в политический оборот после первых буржуазных революций: английской, американской и французской. Буржуазия, обладавшая в абсолютных монархиях значительными материальными ресурсами, была полностью лишена влияния на политику государства. «Место торговца — в лавке, а не в парламенте», — утверждали политические элиты того времени.

¹ Павленко В. Россия и Китай предлагают новые правила игры // ИА Regnum. 23 марта 2021. URL: <https://regnum.ru/news/polit/3223198.html> (дата обращения: 20.04.2021).

Устранение этой «несправедливости» и стало основной целью буржуазных революций. Что же касается прав и свобод населения, то здесь «все осталось в сущности по-прежнему»². Свобода, равенство и т.д. были обычной социальной демагогией буржуазии с целью привлечения населения на свою сторону. Даже самое основное требование буржуазных революций — равенство всех перед законом — осталось нереализованным³.

Авторы полагают, что роль буржуазных революций в социальном прогрессе человеческого общества сильно преувеличена.

Западная концепция прав человека впервые была нормативно отражена в Декларации независимости США. «Мы считаем самоочевидными истины, что все люди созданы равными и наделены Творцом определенными неотъемлемыми правами, к числу которых относятся право на жизнь, на свободу и на стремление к счастью»⁴.

«Мы считаем самоочевидным» — безусловно, очень весомый аргумент, не вызывающий никаких сомнений. А вот естественные науки утверждают, что генетическое многообразие любого биологического вида является основным условием его выживания. Даже дети из одной семьи (кроме близнецов) отличаются друг от друга, т.е. не являются равными от рождения.

Российские ученые А. В. Поляков и Л. С. Мамут обоснованно считают изначальным правом человека лишь право на коммуникацию, т.е. на взаимодействие с социумом. Все остальные права появляются у него в результате социального взаимодействия. Они зависят от социального поведения человека. Например, правовой статус осужденного к лишению свободы не совпадает с правовым статусом законопослушного гражданина⁵.

Б. Н. Чичерин утверждал: «Учение о неотчуждаемых и ненарушимых правах человека, которые государство должно только охранять, но которых не смеет касаться, есть учение анархическое. При таком порядке каждый делается судьей своих прав и обязанностей, начало, при которых общежитие немыслимо»⁶. Все «цветные революции» за последние 30 лет наглядно показали, на что способны граждане, «знающие свои права».

Права человека не могут быть раз и навсегда данными, неизменными, поскольку на них оказывают влияние ценности и приоритеты общества, в котором живет человек. Вряд ли человеческое достоинство будет рассматриваться в качестве самостоятельной ценности в обществе, в котором главным является имущественный статус человека. Права человека будут здесь лишь инструментом конкурентных отношений и использоваться для получения материальной выгоды. В качестве примера можно привести шокирующую многих историю с подачей судебных исков «звезд» Голливуда к своему продюсеру, содержащих такие подробности их актерской карьеры, о которых любой человек с адекватной психикой предпочел бы не распространяться.

Следует также отметить, что признание прав и свобод за абстрактным «человеком вообще» без какой-либо конкретизации как нельзя лучше отвечает интересам общества, в котором социальный отбор протекает по наиболее примитивному, грубому, естественному сценарию. Если предоставить равные права бандиту и труженику, нетрудно догадаться, кто в реальности сможет ими воспользоваться. К сожалению, «самоочевидные истины» сейчас включены во все основополагающие международные соглашения по правам человека. Об этом позаботилось наиболее влиятельное в мире государство.

Понятие демократии в западных государствах в целом сводится к «свободным выборам». Такое понимание демократии характерно для олигархических режимов, «законодателями» которых в настоящее время являются США. Уже в самых ранних торговых республиках собрания граждан (вече) становились проводниками интересов купеческих и военных элит⁷.

Западные политики полагают, что посредством «свободных выборов» реализуется принцип народовластия. На самом деле в современных олигархических режимах «свободные выборы» представляют собой конкуренцию капиталов и узаконенную коррупцию.

Известный российский правовед и государственный деятель К. П. Победоносцев справедливо

² Победоносцев К. П. Великая ложь нашего времени. URL: [https://ru.wikisource.org/wiki/Великая_ложь_нашего_времени_\(Победоносцев\)](https://ru.wikisource.org/wiki/Великая_ложь_нашего_времени_(Победоносцев)) (дата обращения: 20.04.2021).

³ Рассматривая судебную систему США, У. Бернам приходит к выводу о том, что есть изрядная доля истины в таком высказывании: «Человек получает такое правосудие, которое ему по карману». Сложно сказать, насколько в США эта проблема острее, чем в других странах. См.: Бернам У. Правовая система США. Вып. 3. М.: Новая юстиция, 2006. С. 226.

⁴ Декларация независимости США. 4 июля 1776 г. // URL: <http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/indpndnc.htm>.

⁵ См.: Ковалев А. А. Международная защита прав человека: учебное пособие. М.: Статут, 2013. С. 20—21.

⁶ См.: Ковалев А. А. Указ. соч. С. 10.

⁷ Насколько такая демократия соответствовала интересам населения, показывает исторический пример Новгородской республики, когда жители сами впустили в город войско Ивана Грозного, рассматривая его как лучшую альтернативу власти олигархов.

утверждал, что «одно из самых лживых политических начал есть начало народовластия, идея, что всякая власть исходит от народа и имеет основание в воле народной»⁸. Идея народовластия противоречит данным генетики поведения человека, согласно которой иерархия в обществе выполняет роль «несущего каркаса» и обеспечивает его внутреннюю сплоченность для совместных действий⁹.

Ни в одном государстве мира народ не управляет государством¹⁰. В разных странах у власти находятся финансовые, торговые, партийные, военные, хозяйственные, племенные, религиозные и другие элиты в зависимости от исторических и культурных особенностей страны. Основная причина, по которой существует иерархия: все люди не равны от рождения по своим умственным, физическим, моральным, волевым и лидерским способностям¹¹.

Поэтому демократический режим определяется не мнимым народовластием, а принципами, по которым образуется социальная иерархия. Известный советский генетик В. П. Эфраимсон высказал мнение, что именно критерии социального отбора, а не форма правления, политическая программа, афишированные лозунги определяют сущность того или иного политического режима¹². Демократические принципы социального отбора заключаются в одобрении обществом таких жизненных стратегий, которые позволяют большинству добиваться приемлемого социального статуса, не вступая в жесткие конкурентные отношения с другими людьми, например добросовестно трудиться, получать образование, уважать правила общежития.

И если рассматривать альтернативное буржуазному понятие демократии, то следует признать заслуживающей внимания китайскую систему социального кредита (ССК), которая с 1 января 2021 г. получила легальный статус. Система основана на единой информационной системе, которая анализирует по каждому гражданину 160 тысяч параметров из 142 учреждений. Каждому

гражданину присваивается определенное число баллов. Существуют четыре главные группы ССК — А, В, С, D. Повышают социальный рейтинг участие в благотворительной деятельности, забота о пожилых членах семьи, хорошие отношения с соседями, поддержка правительства в социальных сетях, наличие хорошей финансовой кредитной истории, совершение любого героического поступка и др.

Понижают рейтинг нарушения ПДД, участие в «цветных революциях», распространение слухов и фейков в социальных сетях, отказ от помощи престарелым родителям, жульничество и др. Входящим в группу D будет трудно устроиться на работу, купить билет на транспорт и взять кредит. Общение с такими гражданами может снизить рейтинг гражданам из других групп. В 2018 г. социальный рейтинг был введен для бизнеса, который должен строго соблюдать требования о налоговом контроле, охране окружающей среды, безопасности труда, качестве продукции и др. Особенно важны положения о налогах и найме работников. Предприниматели с низким рейтингом не смогут вести бизнес в КНР.

Такая система, по замыслу руководства КНР, призвана сделать человека более законопослушным, укрепить порядок в стране, способствовать продвижению страны по пути социализма¹³.

По мнению авторов, наличие в обществе критериев социального отбора, которые все признают и поддерживают, — несомненный признак демократии. А с точки зрения буржуазной демократии ССК — это ограничение прав и свобод человека, электронный концлагерь, возврат к словесному делению общества, нарушение глобального принципа равноправия граждан в стране¹⁴.

Авторы не могут согласиться с данными утверждениями. Объявление равноправия граждан, власти народа означает на деле признание самого антигуманного и примитивного естественного отбора. В этой связи излишним будет вспомнить спор более чем полувековой давности между

⁸ Победоносцев К. П. Указ. соч.

⁹ Правотворов Г. В. Зоопсихология для гуманитариев. Новосибирск, 2002. С. 167.

¹⁰ Барциц И. Н. обоснованно называет принцип народовластия конституционной мифологией. См.: Барциц И. Н. Конституционная мифология: возникновение, предназначение и практика применения (часть 1) // Государство и право. 2018. № 12. С. 62.

¹¹ Как отмечает биолог Г. В. Правотворов, тезис «все люди от рождения одинаковы, а различиями их делает окружение и воспитание» был порожден нашей беспомощностью перед очевидным человеческим многообразием. См.: Правотворов Г. В. Указ. соч. С. 261.

¹² Эфраимсон В. П. Генетика этики и эстетики. СПб., 1995. С. 19.

¹³ Катасонов В. Ю. Социальный рейтинг: электронный концлагерь или «дивный новый мир» // Институт международных политических и экономических стратегий — Русстрат. 15 февраля 2021 г. URL: <https://russtrat.ru/analytics/15-fevralya-2021-0056-3036>.

¹⁴ См.: Денисенко А. Китай оцифровал всех граждан по «Системе социального кредита». У нас тоже уже есть 3 закона, приближающих к оцифровке // Блог «Финансовые тонкости». Яндекс.Дзен. 12 января 2021 г. URL: <https://zen.me/vwt3J> (дата обращения: 20.04.2021).

ЦК КПСС и КПК¹⁵. ЦК КПК в своем Предложении о генеральной линии коммунистического движения от 14 июня 1963 г. указал, что подмена государства диктатуры пролетариата «общенародным государством» и подмена партии «всенародной партией» теоретически является весьма абсурдной, а практически — крайне вредной. Во всех без исключения социалистических странах¹⁶ постоянно воспроизводятся и множатся паразиты, спекулянты, туеядцы, хулиганы, казнокрады, для борьбы с которыми и необходима диктатура пролетариата.

Если абстрагироваться от ортодоксальных положений марксизма, то надо признать, что китай-

ские товарищи верно подметили связь между «общенародным государством» и отказом от такого принципа социального отбора, при котором если человек хорошо работает, то он должен достойно существовать. Как мы знаем, бесконтрольный рост перечисленных выше антиобщественных элементов и стал основной причиной краха СССР.

В заключение авторы приходят к выводу, что у западной трактовки гуманитарной повестки уже сейчас появляется самостоятельная конкурирующая альтернатива, достаточно привлекательная для того, чтобы быть принятой значительной частью международного сообщества.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Барциц И. Н. Конституционная мифология: возникновение, предназначение и практика применения (часть 1) // Государство и право. — 2018. — № 12. — С. 56—70.
2. Бернам У. Правовая система США. — Вып. 3. — М.: Новая юстиция. — 2006. — 1216 с.
3. Денисенко А. Китай оцифровал всех граждан по «Системе социального кредита». У нас тоже уже есть 3 закона, приближающих к оцифровке / Блог Финансовые тонкости // Яндекс.Дзен, 12 января 2021 г. — URL: <https://zen.me/vwt3J> (дата обращения: 20.04.2021).
4. Катасонов В. Ю. Социальный рейтинг: электронный концлагерь или «дивный новый мир» // Институт международных политических и экономических стратегий — Русстрат. 15.02.2021. — URL: <https://russtrat.ru/analytics/15-fevralya-2021-0056-3036> (дата обращения: 20.04.2021).
5. Ковалев А. А. Международная защита прав человека : учебное пособие. — М.: Статут, 2013. — 591 с.
6. Павленко В. Россия и Китай предлагают новые правила игры // ИА Regnum. 23.03.2021. — URL: <https://regnum.ru/news/polit/3223198.html> (дата обращения: 20.04.2021).
7. Победоносцев К. П. Великая ложь нашего времени // URL: [https://ru.wikisource.org/wiki/Великая_ложь_нашего_времени_\(Победоносцев\)](https://ru.wikisource.org/wiki/Великая_ложь_нашего_времени_(Победоносцев)) (дата обращения: 20.04.2021).
8. Правоторов Г. В. Зоопсихология для гуманитариев. — Новосибирск, 2002. — 392 с.
9. Эфраимсон В. П. Генетика этики и эстетики. — СПб., 1995. — 288 с.

¹⁵ Открытое письмо Центрального комитета Коммунистической партии Советского Союза // Правда. 14 июля 1963 г. URL: http://aleksandr-kommari.narod.ru/kpss_kpk.html (дата обращения: 20 апреля 2021 г.).

¹⁶ Отметим, что не только в социалистических, но и во всех странах без исключения.

Судебная система

俄罗斯转型期司法权运行的实践诉求与制度变迁 Практические требования и институциональные изменения действия судебной власти в переходный период в России Practical requirements and institutional changes in the action of the judiciary during the transition period in Russia

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, КНР
nivi2006@163.com

Wang Haijun,

Dr. Sci. (Law), 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, China
nivi2006@163.com

© Ван Хайцзюнь, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.118-125

内容摘要：苏联解体后，俄罗斯进入一个新的社会转型期，包括在法律制度在内的国家制度开始变革。在法制改革过程中，司法权扮演着重要角色，并在国家、社会、个人多个层面上表现出来。基于转型初期俄罗斯联邦司法权运行机制的理论建构和制度建构的逐渐完成，司法权逐渐在实践中予以落实，但随着社会的发展，司法权运行机制依实践要求呈动态发展样式，包括司法权机关体系的变化、诉讼机制的变革、司法权运行的监督和保障机制的健全，以及判决执行权与司法权的分离。具体而言，在司法权机关体系中，鉴于审理案件压力过大的问题，恢复了1864年司法改革时期所确立的调解法官制度，以减轻联邦法院负担，同时实现了快速解决每个居民的生活纠纷的目的；宪法司法体系的完整化要求推动了联邦主体宪法（宪章）法院逐渐建立，使得俄罗斯的宪法司法系统和宪法司法权的运行基础得以完善；为解决与知识产权争议相关的案件，建立了知识产权法院，扩充了专业领域司法权运行的要求；为消除俄罗斯联邦最高法院和俄罗斯联邦最高仲裁法院在对许多法律的解释中存在的分歧，最高仲裁法院职能并入最高法院。在诉讼机制改革方面，为摆脱苏联时代人民陪审员所带来的制度性弊端，恢复重建了1864年司法改革时期的陪审团制；在俄罗斯进入全面社会转型和司法改革时期，法律观念的转变和司法实践的要求使得俄罗斯对判例给予了重新认识和评价，判例制度开始付诸实践；宪法中人权至上的原则使得司法权在保障和维护公民权利方面的作用越来越突出，行政诉讼机制随着《俄罗斯联邦行政诉讼法典》的颁布和施行而逐渐落实。在司法权运行的监督和保障机制方面，司法权经过改革和制度建设实现了独立运行的发展态势，设置了以宪法法院、议会、检察机关、法官自治机关为监督主体的监督机制，同时俄罗斯联邦最高法院司法管理局也为俄罗斯联邦转型期司法权运行提供了自我保障。执行判决是司法权运行的最后环节，因此判决执行问题就成为了司法改革中实现司法权力运行中不可或缺的一环，并集中体现在民事领域，而具体的改革方式就是将民事判决执行权从司法权中分离出去。以上内容都是司法权运行机制对转型期适应社会发展的制度变迁表现。在转型期这个特殊而又漫长的过程中，俄罗斯司法权得以良性运行，以及在实践诉求中所实现的制度更新和变迁都推动了司法权不断发展，以及司法权运行机制的不断完善。

关键词：俄罗斯；转型期；司法权；司法运行机制

Abstract. After the collapse of the USSR, Russia entered a new social transition period, and reform in the field of state structures, including the legal system, began. The judicial power plays an important

ant role in the process of legal reform, and is manifested at several levels of the state, society and the individual. Based on the gradual completion of the theoretical and institutional construction of the mechanism of action of the judicial power of the Russian Federation at the beginning of the transition period, the judicial power is gradually being put into practice, but as society develops, the mechanism of action of the judicial power dynamically develops in accordance with practical requirements, including changes in the system of judicial authorities, changes in the mechanism of judicial proceedings, improvement of the mechanism of control and ensuring the mechanism of judicial power, as well as separation of the power of execution of a sentence from the judicial power.

In particular, in the system of judicial authorities, due to excessive pressure on the consideration of cases, the institution of justices of the peace, established during the judicial reform of 1864, was restored in order to ease the burden of the federal court and at the same time achieve a quick resolution of disputes between residents; The complete consolidation of the constitutional judicial system led to the gradual establishment of constitutional (statutory) courts of the subjects of the Russian Federation, which would allow improving the foundations of the constitutional judicial system and the constitutional judiciary in Russia; To address the review of judicial practice in cases related to the resolution of disputes on the protection of intellectual rights, the Intellectual Property Rights Court was established, which expanded the requirements of the judiciary in specialized areas; In order to eliminate various differences between the Supreme Court of the Russian Federation and the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation in the interpretation of many laws, the functions of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation were included in the Supreme Court of the Russian Federation.

As for the reform of the mechanisms of judicial proceedings, the institution of juries was restored during the judicial reform of 1864 in order to get rid of the institutional abuses associated with the institution of people's assessors in the USSR; During the period of general social transition and judicial reform in Russia, the change in legal concepts and the requirement of judicial practice led to Russia reviewing and evaluating the institution of judicial preceptors and; The principle underlying human rights in the Constitution has brought the role of the judiciary in the field of ensuring and protecting civil rights to a significant one, and the mechanism of administrative action has gradually changed with the adoption and application of the Code of Administrative Procedure of the Russian Federation. In the field of improving the mechanism of control and ensuring the mechanism of judicial power, the judicial power, after judicial reform and institutional construction, achieved a situation of developing independence, a control mechanism was created by a subject consisting of the constitutional court of the Russian Federation, the parliament, the prosecutor's office, an autonomous body of judges, at the same time, the judicial department under the Supreme Court of the Russian Federation provided for the actions of the judiciary in the transitional period of the Russian Federation.

The execution of decisions is the final point of the judicial power, so the issue of the execution of decisions becomes an integral part of the exercise of judicial power in judicial reform, as well as concentrated in civil areas, while a specific way of reform is the separation of the power of execution of a sentence from the judicial power. The above will be a manifestation of the institutional transformations of the mechanisms of action of the judiciary to adapt to social development in the transition period. In a special and long process of transition, the judicial power of Russia could achieve useful action, as well as the renewal and transformation of institutions that are formed in practical processes, contributed to the continuous development of the judicial power, while the mechanism of action of the judicial power is continuously being improved.

Keywords: Russia; transition period; judicial power; mechanism of action of judicial power.

苏联解体之后，俄罗斯“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。”¹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。”²在具体转型中，包括：政治转轨，从苏联时期议行合一的苏维埃制度向三权分立宪政制度的转变，这是俄罗斯国家体制最显著的变化；经济转型，由高度中央集权的计划经济向市场经济转变；现代化与全球化，遍及世界的现代化浪潮与全球化进程迫使俄罗斯融入世界，这样成为了俄罗斯转型的必要行为；生活方式的转变，这是政治、经济转型的深层体现，而法治也逐渐成为一种生活方式；观念转变。可以说，这些转变在社会转型过程中都对司法改革和司法权运行产生了很大影响。经过转型期司法权运行的制度构建是一个动态过程，是随着转型期司法实务中的实践诉求而不断推进的，因此与司法权运行相关的制度也在变迁中回应着社会和时代的需要。

¹ [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。

² 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。

一、司法权机关体系的变化

在俄罗斯转型期，司法权机关作为重要的司法权运行的载体发生了重要的变化，调解法官制度被恢复，联邦主体宪法（宪章）法院完成了联邦主体司法权体系的构建，知识产权法院扩充了司法权运行的主体范畴，以及最高法院与最高仲裁法院合并，这些都在优化俄罗斯联邦司法权运行方面的要求。

（一）调解法官制度的恢复

恢复重建调解法官制度作为俄罗斯联邦主体司法体系的一部分符合俄罗斯国家的联邦制特征，除了完成联邦制的司法权的总体战略目标之外，还解决一系列的实际问题，使得借助增加法官编制减轻联邦法院负担，同时也可以法定期限内快速解决每个居民的生活纠纷。在这种情况下，恢复调节法官制度成为了俄罗斯转型期司法改革的一项重要任务。

随着《俄罗斯联邦司法体系法》（以下简称《司法体系法》）的颁布，在原有三个法院层级基础上有增加了一个新的层级，即调解法官，负责审理轻微的民事行政案件，在立法层面上减轻基层法院的审判工作压力。在《司法体系法》的基础上，1998年12月17日签署了《俄罗斯联邦调解法官法》（以下简称《调解法官法》），该部法律的生效也标志着调解法官制度恢复工作有了实质性进展，一些联邦主体也根据这一法律先后设立了调解法官。³此后，俄罗斯联邦总统于1999年12月签署批准了《俄罗斯联邦主体调解法官总额和司法分区法》，2001年2月，普京签署批准了《俄罗斯联邦主体调解法官总额和司法分区法的修改补充法》，2004年6月和12月，俄罗斯联邦又对上述法律进行了两次修改补充，调整了司法分区调解法官的数量。⁴

根据《调解法官法》第6条规定，调解法官由俄罗斯联邦主体的立法代表国家权力机构选举或任命，或由相应司法区的居民按照俄罗斯联邦主体法律规定的程序选举产生。⁵调解法官像其他法院的法官一样行使司法权。在俄罗斯转型期，调解法官的法律地位具有双重性、分散性---这是俄罗斯联邦法院系统组织的联邦制立场的必然结果和固有特征。

（二）宪法司法系统的完善

俄罗斯联邦宪法法院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司法权，使得整个俄罗斯在宪法司法系统和宪法司法权的运行基础得以完善。

宪法司法体系的完成依赖于地方宪法司法权体系，如果缺少在所有联邦主体中的宪法法院就证明了国家权力结构的建立尚未完成。因此，宪法领域的研究者和国家宪法司法机关反复强调建立联邦主体宪法法院的必要性，重点就是联邦主体建立宪法法院的必要性是形成建立联邦主体中的所有权力机关体系的出发点，以及国家宪法司法整体系统的出发点。

可以说，在俄罗斯联邦转型期，完成与保障法律制度、保护个人权利和自由相关的任务，联邦主体在很多方面需要以法院工作来实现，例如对符合联邦主体宪法、根据面向联邦主体特别对象制定的规范性文件文件的审查，俄罗斯联邦法院组织体系中的宪法规定的法院被号召来保护公民和法人的权利和自由，解决公权力机关之间的争论和纠纷等等。这样，预先建立可以履行宪法诉讼程序的特殊专门的司法机关---联邦主体宪法（宪章）法院就成为了俄罗斯宪法司法系统中的一个比较重要的环节。

在俄罗斯联邦主体中，建立自己宪法（宪章）法院和通过宪法法院法的联邦主体，其宪法司法权的内容很多都是一致的，因此在具体的运行过程中也趋于相同。总的来说，宪法（宪章）法院作为俄罗斯联邦主体司法权机关显现出保障宪法法律制度，个人的权利和自由，联邦主体权力机关的工作，并用宪法形式规定的联邦中央和联邦主体之间分配权力对象的制度、区域层面上的分权原则，以及国家权力的合理、适当分权下放。可以说，它们保障加强了国家中的联邦原则，形成相容的法律空间，在联邦主体区域内宪法和法令处于首要地位并具有直接的效力，区域宪法司法制度的作用和工作提高了俄罗斯联邦主体宪法（宪章）的协调功能、权威和法律意义。

（三）知识产权法院的建立

俄罗斯转型初期以最快的速度建立起了联邦法院系统，此后联邦主体法院系统也逐渐得到完善，但是对于专业领域的法院的建构并没有同时完成，知识产权法院就是其中一个，而与此相关的纠纷却依然存在，尤其是俄罗斯加入WTO之后，这种窘境就越来越突出，因此进行法院体系的改革，建立专门的知识产权法院就成为了司法发展必要的工作。

当然，知识产权法院的建立也是由俄罗斯国内外一系列因素所共同推动的，其中包括俄罗斯转型期知识产权保护意识淡薄、加入世界贸易组织后的责任、提高俄罗斯经济投资吸引力、知识产权的技术特性要求，以及知识产权法的民法典化。因此，俄罗斯联邦的司法权要想在知识产权领域发挥作用，必须建立一个专业性的载体，即专门法院，以专属对知识产权问题进行审理，使司法权的功能进入此领域，更好地运用司法权对权利予以保障，同时反过来完善司法权的运行机制。

首次设立知识产权法院的建议列入1996年12月31日第1号“关于俄罗斯联邦司法体系联邦宪法修改案”中，但是却迟迟未能实现，实质性的进展是在十几年之后。2008年，俄罗斯联邦最高仲裁法院院长伊万诺夫提出了在俄罗斯联邦仲裁法院中建立专利法院的建议，“随后，这一专门法院概念被扩宽到也对其他

³ Федеральный закон от 17.12.1998 № 188-ФЗ «О мировых судьях в Российской Федерации».

⁴ Федеральный закон от 29.12.1999 № 218-ФЗ «Об общем числе мировых судей и количестве судебных участков в субъектах Российской Федерации» (с изм. и доп.).

⁵ Федеральный закон «О мировых судьях в Российской Федерации». Ст. 6.

类型知识产权案件拥有管辖权。”⁶ 2010年6月16日，在萨马拉举行的俄罗斯联邦最高仲裁法院主席团会议和仲裁法院主席会议上正式提出和深入讨论了关于建立知识产权专门法院的问题。与此同时，起草了一项关于设立俄罗斯联邦最高专利法院的法案，但后来被否决。⁷但同时，根据上述建议，俄罗斯于2011年12月7日颁布了《关于修订〈俄罗斯联邦司法体系法〉和〈俄罗斯联邦仲裁法院〉的联邦宪法修正案》，规定至迟于2013年2月1日在仲裁法院系统内设立知识产权法院。2012年2月1日，区一级联邦仲裁法院内部的知识产权庭成立，专门审理有关智力成果和与之等等的法人、商品、工作、服务和企业个别化手段的知识产权案件。2012年9月14日，俄罗斯联邦最高仲裁法院院长安东·亚历山大洛维奇·伊万诺夫宣布，知识产权法院可以在一两个月内开始运作，2012年12月1日俄联邦总统签署1580号命令任命柳德米拉·那娃谢廖娃为知识产权法院院长，2013年1月21日，知识产权法院作为法人注册，2013年2月1日，根据俄罗斯联邦最高仲裁法院会议决议，知识产权法院成立，并开始在莫斯科开展审判工作。

俄罗斯联邦知识产权法院的建立是其转型期各种方面实践诉求之下所形成的结果，经过一系列的争论和探索，知识产权法院最终建立并成为了保护知识产权的专门司法机关，它也成为了俄罗斯联邦转型期司法权主体之一，进一步完善了司法权运行机制。

（四）最高法院与最高仲裁法院司法权的统一

在俄罗斯法院体系中，曾设立俄罗斯联邦最高仲裁法院作为仲裁法院体系中的最高审判机关。随着司法实务的开展，俄罗斯联邦最高法院和俄罗斯联邦最高仲裁法院在对许多法律的解释中经常存在分歧，这导致了“对相似的案件做出不同的判决，有时对同样的案件会做出不同的判决，结果产生法律的不确定性，使民众感到不公，”⁸因此普京在《俄罗斯联邦2013年国情咨文》中建议修改宪法中的这部分内容，合并最高法院和最高仲裁法院，并认为“将两个法院合并能使司法实践进入统一轨道，是保证实施最重要的宪法原则，即法律面前人人平等”。⁹

2013年11月，《关于俄罗斯联邦最高法院和俄罗斯联邦检察机关的俄罗斯联邦宪法修正案》通过，取消了俄罗斯联邦最高仲裁法院，将其职能转归最高法院，并在此基础上扩大最高法院的职责，补充了最高法院“是国家的最高司法机关，负责民事、经济纠纷、刑事、行政诉讼案件以及其他属于具有一般管辖权审理的案件”的内容。¹⁰于此相应，俄罗斯联邦又通过了《关于修改俄罗斯联邦宪法性法律〈俄罗斯联邦司法体系法〉的联邦法律》，以保持与现行法院体系的相一致。

处在转型期的俄罗斯联邦，承载司法权运行的组织机构——法院体系借助原有基础很快的建立了起来，并随着转型的深入和司法的实践诉求而不断完善和发展，逐渐形成了一套较为合理的司法机关体系，成为了司法权运行机制发展的重要表现之一，这对于俄罗斯转型期司法工作具有重要意义。

二、诉讼审判机制的变革

俄罗斯转型期的诉讼审判机制是在较长的司法实践过程中逐渐形成与发展起来的。随着时代变迁和国家转型，俄罗斯的诉讼审判机制几经改革，并成为俄罗斯联邦转型期司法权运行机制中的重要表现。

（一）陪审团制度的“复兴”

俄罗斯的陪审团制度在1864年司法改革时被正式确立下来，苏俄国家从1922年10月起改行人民陪审员制度，在苏联解体以后的转型期的司法改革又重新规定了陪审团制度，使得其成为俄罗斯联邦转型期司法权运行中的一种重要诉讼机制。

在俄罗斯联邦转型初期，实践于苏联时期的人民陪审员制度并未立即废除，但是其自身所固有的制度性弊端却始终存在。具体而言，人民陪审员在扮演了“司法公正”与“司法民主”代言人的角色，同时却处于一个尴尬的处境，甚至仅仅成为了一种司法姿态和法庭摆设，这在俄罗斯转型期更是显露出其不适应性。因此，在司法改革过程中，陪审制改革被最早提出，“被认为是俄罗斯司法改革的基石，其主要目的是尽可能地减少法官遭受政治控制的可能性与促进司法的公正性，为公民直接参与司法程序提供机会，从而恢复公民对司法的信心。”¹¹当然，更为重要的是，陪审团制度恢复是俄罗斯国家转型初期朝向民主法制方向建设所必须接受的制度。

《俄罗斯联邦宪法》通过之后，陪审团制度被宪法所确认，明确规定被控犯罪的被告有权要求法院依联邦法律进行陪审团审判，为可能被判决死刑的被告提供陪审团审判等等。这些规定“不仅为适用陪审制度提供了宪法上的依据，而且也为刑事诉讼法规定陪审团制度提供了法律基础。”¹²1993年12月15日，俄罗斯联邦在萨拉托夫州法院对一宗抢劫案进行了判决，首次由陪审法庭进行审理，并最终适用了刑法中较轻的条款并缩短了罪犯的刑期，并以此恢复了陪审团制度。¹³1994年1月1日又在阿尔泰边疆区、克拉斯达

⁶ 施刚：《探索中的俄罗斯联邦知识产权法院》，载《科技与法律》2015年第1期。

⁷ Проект федерального конституционного закона «О патентных судах Российской Федерации».

⁸ Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию РФ. Москва, Кремль. 12 декабря 2013 г.

⁹ Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию РФ. Москва, Кремль. 12 декабря 2013 г.

¹⁰ Проект закона № 352924-6 «О поправке к Конституции Российской Федерации о Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации».

¹¹ 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。

¹² 米铁男：《俄罗斯刑事陪审团制度刍议》，载《中国刑事法杂志》2011年第5期。

¹³ Сергеев А. Первый постсоветский суд присяжных. В чем его урок и что дальше // Право.ру. 17.02.2010.

尔边疆区、罗斯托夫州和乌里扬诺夫斯克州重新建立陪审团制度，从2003年1月1日起，在俄罗斯联邦其他地区开始分阶段实行陪审团审判。

俄罗斯联邦转型期所建立的陪审制度从制度设计和表现上来看似乎是近代陪审制的“复兴”，但二者绝不可同日而语。总体而言，陪审团制度的恢复对俄罗斯司法权运行而言非常重要，可以说处在当时司法改革的核心地位，因为其中不仅涉及到审判诉讼制度和律师制度，还是当时俄罗斯司法理念的转变。

（二）“判例”入法

判例作为英美法系国家的主要法律渊源，其地位及其对法的发展的作用在苏联社会主义法律体系下被坚决否认。在俄罗斯进入全面社会转型和司法改革时期，法学观念的转变和司法实践的要求使得俄罗斯对判例给与了重新认识和评价。

在法学理论层面，西方的某些观念从宪法开始所确定的规则和理念被俄罗斯接受，并对构建判例制度产生了直接影响。俄罗斯学界主张法学应认真研究判例，在新的司法权运行中应当充分借鉴英美法系国家多年积累下来的经验。此外，20世纪以来“大陆法系国家判例的作用日益重要，这一潮流也对俄罗斯法和法学的发展形成较大的推力。”¹⁴在司法实践中，处于转型期俄罗斯存在诸多的法律空白，司法机关在处理各种案件时常常陷入窘境，如此两难的选择致使必须出现一种合适而高效的审判视角。此外，陪审团制的确立和实施，也推动了判例在司法中运用。

将判例引入司法审判中，“摆脱‘地下’状态，登堂入室，走上法学讲台，进入法学论坛，被法学界公开讨论和争辩，其价值得到公开、合法的肯定，”¹⁵但不同的是，俄罗斯法院一直试图避免使用“判例”一词。在俄罗斯，先例并不是法律的正式来源，但在实践中，在解决法律纠纷时往往会考虑到上级法院的判决。在俄罗斯的法院体系中，判例法的运用主体主要是俄罗斯联邦宪法法院、最高法院以及各州、边疆区一级的法院。

可以说，判例成为俄罗斯的法律渊源，并在具体的司法实践中运行，对于司法权确认和保护转型期国家的人权、市场经济发展的需要，以及民主法治国家建设都有着非常重要的理论意义和现实意义。

（三）行政诉讼机制的落实

《俄罗斯联邦宪法》规定了人权至上的原则，司法权机关的地位以及司法权在保障和维护公民权利方面的作用越来越突出，行政司法方面的问题也逐渐被提出和关注，落实宪法该项原则就要求行政诉讼领域必须作出回应。

根据宪法精神，1995年修订的《对侵犯公民的权利和自由的行为和决定向法院提起控告法》明确提出：“每个公民如果认为国家机关、地方自治机关、机构、企业、社会组织、社会团体或者公职人员、国家公务员的不合法行为侵犯了他的权利与自由，都有权向法院起诉。”¹⁶2001年通过的《俄罗斯联邦行政处罚条例》、2002年7月1日生效的《俄罗斯联邦行政违法法典》，以及2006年通过的《军人纪律处分司法程序》，这些都对推动行政诉讼立法和机制的发展具有重要意义。基于宪法和相关法律，2000年《俄罗斯联邦民事诉讼法典》在“行政法律关系案件的诉讼程序”一章中构建了俄罗斯转型期的行政诉讼制度。根据《俄罗斯联邦民事诉讼法典》的规定，司法保护权是指公民、法人享有不少于有两级法院审查其申诉的权利。《俄罗斯联邦民事诉讼法典》以专门的条款对作出处理行政诉讼案件特别规定，也就是说，实际上法院审理行政诉讼案件的规则，“但此时的俄罗斯行政诉讼制度无论是内容还是形式，都没有冲破苏联时期行政法制的理念，基本上是对苏联法律的继承和移植。”¹⁷

在俄罗斯建立一个完全符合法治、行政司法和行政诉讼原则的国家，是俄罗斯转型初期正在进行的司法改革的主要目标之一，1993年《俄罗斯联邦宪法》、相关联邦法律中通过行政诉讼行使司法权成为了俄罗斯行政司法作为行政程序的组织和法律形式建设的宪法和法律基础。基于此，关于行政诉讼机制的专门法典也需要及时跟进。2015年2月20日，国家杜马通过了《俄罗斯联邦行政诉讼法典》，2015年2月25日得到联邦委员会的批准，俄罗斯联邦总统于2015年3月8日签署了该法典，自2015年9月15日起生效，但根据关于实施《俄罗斯联邦行政诉讼法典》的2015年3月8日 № 22-ФЗ号联邦法规定了其他某些条款的生效日期的除外。¹⁸至此，俄罗斯联邦宣布了行政诉讼的独立性和自主性。

《俄罗斯联邦行政诉讼法典》是俄罗斯司法权发展的一个重要阶段，它结束了代表各个实体法和程序法的各学派和学者漫长的、艰难的、充满不可调和的争论，以及设立行政法院的构想，并在开始建立一个全面的行政诉讼体制与《俄罗斯联邦宪法》所要求的关于司法权力行使方式的宪法和法律规范相适应，将行政诉讼作为行使司法权的一种形式。甚至有学者认为，“这部法典的意义和重要性怎么强调都不过分，因为这是俄罗斯立法在行政诉讼领域迈出的重要一步，达到了国际社会对这种类型司法理解的普遍水平。”¹⁹

¹⁴ 程丽庄：《俄罗斯联邦司法权研究》，重庆大学2008年博士论文。

¹⁵ 杨亚非：《判例与俄罗斯法的发展》，载《法制与社会发展》2000年第1期。

¹⁶ Закон РФ от 27 апреля 1993 г. № 4866-1 «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» (с изм. и доп.).

¹⁷ 哈书菊：《俄罗斯行政诉讼制度的历时性审视》，载《求是学刊》2007年第3期。

¹⁸ Федеральный закон от 08.03.2015 № 22-ФЗ «О введении в действие Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» // Официальный сайт Государственной Думы РФ. Автоматизированная система обеспечения законодательной деятельности. Хронология принятия Кодекса об административном судопроизводстве РФ.

¹⁹ Старостин С. А. Перспективы кодификации норм административно-процессуального права // Российский следователь. 2015. № 1. С. 41.

在转型期的俄罗斯，行政诉讼机制被成功纳入司法体制之内，俄罗斯在转向以构建规范行政权为基点的行政法体系的同时，确认行政诉讼的首要价值是在保护公民权利，确立了法院的独立地位和保护法官的独立性的法律制度，并把对行政案件审理纳入了诉讼程序，从而使行政诉讼成为司法权运行的法律形式。²⁰

三、司法权运行的监督与保障机制

在俄罗斯联邦转型期的司法权经过改革和制度建设不断实现了独立运行的发展态势，但同时也在这个制度框架内当然的设置了监督机制。同时，除了对司法权运行的保障机制也必不可少。

（一）司法权运行的监督机制

俄罗斯在分权原则之下所形成的司法权运行机制也存在相应的监督机制，主要包括宪法法院的监督和议会监督、检察机关的监督，以及法官自治机关的监督，并在法治实践中不断推进和发展。

第一，在司法权运行监督方面，俄罗斯联邦宪法法院的作用首先不可忽视。俄罗斯联邦宪法法院合法合理地通过宪法监督解决各权力机关之间的权限纠纷，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。²¹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司法权的合宪合法运行。

第二，议会对司法权的监督。《俄罗斯联邦宪法》赋予俄罗斯联邦议会监督权，从俄罗斯三权分立和权力制约的角度出发，立法权对司法权的监督属于必然的制度要求，也是维护三权良好运行的一个基础。同时，议会对司法权一定程度的监督，集中表现在维护人权方面，因为对人权的保护和救济是司法权运行的重要目标之一，其运行程度直接影响到人权保护的效果。

第三，检察机关对司法权监督。俄罗斯联邦在转型期，随着检察制度改革，检察权范围的逐渐厘清，其检察监督职能不断强化，尤其是在2014年2月5日俄罗斯联邦对宪法进行了修改，从根本法层面确认了检察机关作为独立机关存在的非司法权机关，提升了检察机关在整个国家宪法制度中的地位。虽然检察权与司法权随着转型的深入已经分离，检察权对司法运行的监督不如此前那样广泛，但是从检察监督的范围来看，其中大部分涉及到了司法权运行指向的对象，而且这种监督也并不仅仅指具体审判时的监督，而是包括了诉讼案件的整个过程，所以即便缩小了检察权监督范围，但检察权依然在其职能范围内监督着司法权。

第四，法官自治机关的监督。法官独立，并不等于法官不受监督。根据《司法体系法》第29条规定，为了表达法官作为司法权力行使者的利益，按照联邦法律规定的程序组建了法官联合会机构，其最高机构为全俄罗斯法官大会，由俄罗斯联邦法官理事会和俄罗斯联邦法官最高资格鉴定委员会组成。²²法官理事会和法官资格鉴定委员会在法官联合会工作中起着重大作用。从法官自治机关角度看，对法官群体的监督，从实质上形成了对司法权运行监督的功能。

（二）司法权运行的自我保障

由于法院长期处在司法部的统领之下，而其中所具有的行政色彩导致了司法权运行的不畅和障碍，因此，如何脱离司法部的管辖，而将其管理权赋予法院系统本身就成为了转型期俄罗斯司法改革需要面对的问题。在这个层面，法院需要在自我保障层面上做出努力，而俄罗斯联邦最高法院司法管理局最终成为了俄罗斯联邦转型期司法权运行的自我保障。

司法权与行政权的相互独立从根本上就要将以往司法部对法院的行政管理权归还后者，但是出于的对法院管理权的渴望，行政权并不想放弃这项权力，二者矛盾也就由此产生，一方面法院和法官大会呼吁和争取自身独立、司法权独立，而另一方面行政机关则通过对法院财政经费的支配权来控制法院和法官。

在这种矛盾冲突之下，导致了《俄罗斯联邦宪法》颁布后的一段时间里依然无法解决与任命普通法院和其他法院法官有关的问题，法官人数严重匮乏和急剧上升的案件使法院工作无法正常开展，严重影响了国家司法权的有效运行。同时，在行政机关的管控下，法院的经费保障无法落实，如此窘况甚至导致法院无力支付房租，这不仅影响了司法权运行和司法权威，更是影响到了希望获取司法帮助的公民权利。在这种情况下，法官代表大会出于保障司法权独立，提高法院工作能力的初衷，多次呼吁必须建立独立的、归属于司法机关的司法管理局，并必须承担起为法院提供财政保障、保障法官及其家庭成员、保障其人身和财产安全等职能。

从很大程度上讲，司法管理局的建立是在法官大会不断推进的情况下实现的。早在1991年第一届全俄法官代表大会时就已经提出了建立司法管理局的想法，并得到了大多数法官的支持。²³基于这种共识，1994年3月25日第三届全俄法官代表大会通过了《关于俄罗斯联邦司法系统职责范围》的决议，指出“司法管理局建立与目前正在进行的司法改革紧密相关，因为立法、行政和司法三权分立的进程正在进行之中。在这方面，建立一个职权明确和独立的司法管理局为法院的正常运作创造必要的条件、为其提供人员、组织和资源保障具有重要意义。目前，这些职能由俄罗斯联邦司法部及其下属的地方司法机关承担。但是他们除了法院的组织工作外，还承担着许多其他任务，对于法院的工作只是他们职能的一部分。在这方面，大会认为，必须在俄罗斯联邦司法部内设立一个司法管理局，其唯一任务应当是为法院提供资源、组织和人力资

²⁰ 参见哈书菊：《俄罗斯行政诉讼的制度构建和理论走向》，载《俄罗斯中欧东亚研究》2004年第2期。

²¹ См.: Осипян Б. А. Конституционно-судебное разрешение споров о компетенции // Российская юстиция. 2008. № 2.

²² Федеральный конституционный закон от 31.12.1996 № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации». Ст. 29.

²³ Постановление I Всероссийского съезда судей (17—18 октября 1991 г.).

源。司法局的组建和运作必须有法官联合机构的参与和监督。”²⁴基于此，在1995年10月的第四次全俄法官代表大会提出，俄罗斯联邦政府没有遵守《俄罗斯联邦宪法》第124条的要求，即为法院提供资金应确保根据联邦法律充分和独立地实施司法。为法院提供的资金越来越不稳定，数额也越来越大，这就提出了能否继续伸张正义的问题。1994年和1995年法院资金严重不足，如果这一问题不发生根本变化，司法系统可能在1996年停止运作。面对这种情况，司法部没有执行第三次全俄法官代表大会关于建立司法管理局的决定。大会同时注意到，司法部和地方司法机构多年来一直未能解决法院的物质、资源和人力资源问题，因此法院面临着另一场危机，这在很大程度上是由于财政和物质问题造成的。鉴于这种情况，俄罗斯联邦法官理事会一致认为，在俄罗斯联邦最高法院设立一个司法管理局是适当和必要的。²⁵

俄罗斯联邦最高法院和国家杜马司法改革委员会支持了全俄法官代表大会的倡议，在1996年2月的全俄法官代表大会上，俄罗斯总统也承诺要尽快建立司法管理局。²⁶1998年1月8日，《俄罗斯联邦最高法院司法管理局法》通过，规定俄罗斯联邦最高法院下属司法管理局是一个联邦国家机关，负责为普通法院、普通法院上诉法院、最高军事法院、共和国最高法院、省和地区法院、联邦直辖市法院、自治州和自治区法院、仲裁区法院、仲裁上诉法院、共和国仲裁法院、边疆区法院、州、区军事法院、驻军军事法院的活动提供组织、资金、物质、信息等保障，并同时规定将俄罗斯联邦司法部的相关职权转交给司法管理局。²⁷这部法律为官员管理的建立奠定了组织和法律基础。

在俄罗斯联邦转型期，随着司法权运行的保障机制不断发展和完善，联邦政府先后推出各种政策和改革方案，通过对司法权运行的制约和监督，规范了司法机关在权力运行中的行为，并优化法院和司法权运行的自我保障机制，提高了司法效率、推动了司法权独立、维护了司法权威。

四、判决执行权脱离司法权

在俄罗斯联邦转型期，判决执行问题就成为了司法改革中实现司法机关权力运行中不可或缺的一环，并集中体现在民事领域，而具体的改革方式就是将民事判决执行权从司法权中分离出去，让其成为一种独立的权力，这样就可以节约司法权的运行成本，促进司法权的发展。

(一) 判决执行权独立的诉求

在《俄罗斯联邦宪法》颁布之后，法院成为行使司法权的唯一主体，为保障司法权独立运行，同时解决法院判决的执行问题，必须对原来的判决执行制度予以改革。因此，判决执行权与司法权分离而独立的基本的实践诉求就是俄罗斯联邦转型期民事判决执行难问题。

在俄罗斯，法院的民事判决执行是一个长期难以解决的问题。自从俄罗斯实行私有化以来，由于财产关系性质的变化，已经开始的经济改革导致了新型民事、经济法律关系的出现，而且在许多情况下，这些法律关系不可避免地成为诉讼的主题。令人遗憾的是，俄罗斯并未能预见到这种情况，而且从经济改革一开始就失去了这方面的主动性，因此法院作出的判决的执行率不高导致民事经济纠纷案件执行的状况日趋严重。事实上，在法院工作的司法人员新的经济环境中特没有做好准备，造成这种情况的因素包括：缺乏适当的物质和技术基础；很大一部分司法人员，主要是受教育程度低的女性缺乏在现代环境中工作的能力；工资低；由于工作负担过重导致人员流动性大；缺乏一个符合时代现实的、确保平等保护所有形式财产的创新性执行法律机制。当然，所有这些都直接影响到判决的执行质量。民事判决执行难的现象使大部分公民和法人往往不诉诸法院，而是寻求法律以外的手段解决，一般是求助于犯罪组织，以某种方式将司法行为者排除在外而进行“私力执行”，这很大程度上影响到司法机关的信誉和国家的利益，因为国库因此无法获得税款或其他扣款。²⁸俄罗斯学者认为，民事诉讼的结果是实际执行司法行为，这是一个整体民事诉讼的一部分，否则作为解决争端过程的一部分，启动、准备、举行审判和司法程序以切实保护被侵犯的权利和合法利益的行为就失去了意义，²⁹随着俄罗斯联邦的社会转型和司法改革的开启，以及伴随而来的一系列问题，建立一个强有力的判决执行制度保障判决迅速有效的执行是影响司法机关效率和信誉的主要因素之一，因此建立一个独立法院机构之外的执行机关就十分必要。

(二) 判决执行权与司法权分离的过程

民事判决执行权与司法权的分离是在执行难的问题基础上提出并开始实行的，其中的具体落实是通过司法警察机构改革和立法而完成的，其中主要就是依靠《俄罗斯联邦司法警察法》和《俄罗斯联邦执行程序法》来实现的。

俄罗斯联邦面临着转型期所带来的执行难问题，俄联邦政府决定对执行程序和执行制度进行一次改革，主要表现在俄罗斯联邦法警局成立，以及对其执行权方面的规定。然而，俄罗斯联邦最初采取了一种简化的办法处理这问难题，即将解决执行问题与另一个同样重要的问题---保障法官、诉讼参与人和法院机关的

²⁴ Постановление III Всероссийского съезда судей от 25.03.1994 «О концепции судебной системы Российской Федерации».

²⁵ Постановление Совета судей РФ от 20.10.1995 «О созыве IV Всероссийского съезда судей».

²⁶ Постановление V Всероссийского съезда судей от 29.11.2000 «О Регламенте Высшей квалификационной коллегии судей Российской Федерации».

²⁷ Федеральный закон от 08.01.1998 № 7-ФЗ «О Судебном департаменте при Верховном Суде Российской Федерации».

²⁸ См.: Восток В. Налоговые полицейские в роли приставов // Бизнес-адвокат. 1998. № 14.

²⁹ См.: Изварина А. Ф. Исполнение судебных решений в России должно стать компетенцией суда // Мировой судья. 2006. № 10.

安全结合起来,这显然有些是不合理。在1996年12月3-5日俄罗斯联邦第四次全俄法官大会上,后一个问题被列为极其严重的问题,因此,成立了俄罗斯联邦法警局,该机关有两项职能:保障法院活动的法定秩序和强制执行已生效的法院法令和其他机构的法令,司法警察群体也随之分成了两类。

1997年6月4日,俄罗斯联邦国家杜马通过了《俄罗斯联邦司法警察法》和《俄罗斯联邦执行程序法》两部法律,规定司法部的司法警察局统一行使判决执行权,以确保法院判决的严格执行并提高执行效率。这两部法律在1997年7月21日经总统签署公布后,俄罗斯联邦民事执行程序在立法层面上开始了独立于民事诉讼程序的新执行模式。³⁰

将这些职能合并在一个机构的意见司法部门并不完全赞同。其中的问题在于,即使对俄罗斯联邦法警局确保法院活动既定程序的权力进行表面上、形式上的监管,也表明俄罗斯联邦最高法院司法部在确保法官和其他诉讼参与者在审判过程中的安全方面也承担着类似的任务。因此,随着《司法部法》的通过,由于该法刚刚获得通过,因此司法部立即接管法警保障法院的正常运作的职能。然而,行政权对司法部门的意见进行了严重抵制。因此,2000年11月俄罗斯联邦第五次全俄法官大会就法警局在保障法院活动的法定秩序方面的作用和地位表明了原则性态度。在司法机关领导机构的总结性文件中指出,随着俄罗斯联邦最高法院司法部及其分支机构的成立,司法警察部门的改革将与保障司法部领导之下的普通司法系统中联邦法院活动的法定秩序的司法警察人员编制、办公大楼、处所和其他财产一同进行。³¹

同样,俄罗斯联邦最高法院全体会议在进一步发展司法组织最高机关的地位和行使其立法倡议权的过程中向俄罗斯联邦国家杜马提交了关于修改和补充《俄罗斯联邦司法警察法》、修改和补充《俄罗斯联邦执行程序法》、修改和补充《俄罗斯联邦最高法院司法部门法》以及修改《俄罗斯联邦国家保护法官、执法人员和监督机构官员法》的联邦法律草案,这些草案规定将保障普通法院法定秩序的法警部门从俄罗斯联邦司法部移交给隶属于最高法院的司法部门,俄罗斯联邦最高法院全体会议提出的法案将进行对法院活动组织保障的法警分为两类:负责保障仲裁法院活动的法警和负责保障普通法院活动的法警,并建议将后一类法警归属于最高法院司法机构之中。³²

2003年2月1日,新的《俄罗斯联邦民事诉讼法典》确认了民事执行程序独立立法的体例,“立法者取消了法院(法官)对执行法警活动的监督权”,³³实现执行程序“以具体方式和方法完成保护被侵犯权利的任务”。³⁴俄罗斯最高法院院长列别捷夫认为,民事判决执行机制的改革路径应当是将司法警察局转属于最高法院,并赋予其保证法官、陪审员、鉴定人、证人在法院内的安全,保卫法院设施、维护法院及法庭秩序、保证法官谈话的秘密、保护书证、物证等警察职能,从而确保法院的意志在执行过程中不被歪曲。³⁵至此,俄罗斯联邦的司法权与判决执行权彻底分离。可以说,通过机构的改革和立法的出台,俄罗斯联邦新的执行模式已经形成,强制执行制度也日趋完善。

俄罗斯联邦在转型期鉴于民事判决执行难的问题而对执行制度进行改革,将执行权从司法权中分离出去,从组织和职能两方面实现了“审判分离”,形成了审判和执行平行的两套机制。将判决执行权从司法权分离出去之后,对司法权本身的运行确是有益的。

结语

在俄罗斯转型期,所有这些保证转型期司法权运行的制度重构或者是建设,都是在俄罗斯政治、经济转型的背景下进行的,其中包含着固有的无奈,也包括急迫的需求,以及对此前苏联时期司法制度的转变,因此这些转变都并非一帆风顺,即便是在有诉求和实践的情况下,也依然存在大量的阻碍,可以说很多都是在争论和妥协的过程中完成的。可以说,在这个特殊而又漫长的时期内,俄罗斯司法权得以运行的基础,以及不断在实践诉求中所产生的制度更新和变迁,都推动了司法权不断向前发展,以及运行机制的不断完善。

³⁰ 参见程丽庄:《俄罗斯联邦司法权研究》,重庆大学2008年博士论文。

³¹ См.: Треушников М. К. Проект нового Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации: концептуальные проблемы // Вестник Московского университета. 1995. № 4. С. 37—47; Сборник нормативных актов о суде и статусе судей. Вып. 3. М., 2004. Кн. 2. С. 132—139.

³² Постановление VI Всероссийского съезда судей от 02.12.2004 «О состоянии правосудия в Российской Федерации и перспективах его совершенствования» // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2005. № 2; постановление Совета судей РФ № 88 от 26.12.2002 «О проектах Федерального закона “О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон ‘О судебных приставах’”» // Российская юстиция. 2003. № 3; постановление V Всероссийского съезда судей РФ от 29.11.2000 «О судебных приставах по обеспечению установленного порядка деятельности судов» // Российская юстиция. 2001. № 2.

³³ Изварина А. Ф. Указ. соч.

³⁴ Жуйков В. М., Треушников М. К. Научно-практический комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации. М., 2003. С. 920.

³⁵ 参见刘向文、宋雅芳:《俄罗斯联邦宪政制度》,法律出版社1999年版,第259-265页。

习惯法视阈中古代俄罗斯诉讼法制的历史嬗变 Историческая эволюция судебной системы Древней Руси в аспекте обычного права Historical evolution of the judicial system of Ancient Russia in the aspect of customary law

宫楠

上海政法学院 中国—上海合作组织国际司法交流合作培训基地
黑龙江大学 法学院
pangdongmei71@163.com

Гун Нань,

доктор юридических наук,
постдоктор Шанхайского университета политики и права,
преподаватель Юридического института
Хэйлунцзянского университета, КНР
pangdongmei71@163.com

И. И. Федоров,

Юридический институт
Сибирского федерального университета, Россия
pangdongmei71@163.com

Gong Nan,

Dr. Sci. (Law), Postdoctoral Fellow of Shanghai University
of Politics and Law,
Lecturer at the Law Institute
of Heilongjiang University, China
pangdongmei71@163.com

I. I. Fedorov,

Law Institute of Siberian Federal University, Russia pangdongmei71@163.com

© Гун Нань, И. И. Федоров, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.126-131

摘要: 俄罗斯诉讼法制的形成与其独特的历史演进轨迹紧密相关。按照诺曼起源说, 斯堪的纳维亚文化是俄罗斯早期文化最重要的渊源, 原始社会罗斯部族混乱时期, 诺曼人一支瓦良格人入主罗斯应邀为王, 由此带来了日耳曼习惯法, 用以调整各部落社会经济和法律关系。随着古罗斯国家的形成, 统治阶级不断强化新的法律规范的创制, 但是习惯法仍然在国家的法律体系中具有无法撼动的统治地位。同时, 习惯法体系当中的习惯准则, 作为介于道德与法律之间的准法规范, 更成为了俄罗斯社会发展各个阶段中, 社会习俗和规范体系当中不可或缺的有机组成部分。
关键词: 古罗斯 日耳曼习惯 成文法 诉讼法制 民族习惯

Abstract. The formation of the Russian procedural legal system is closely connected with its unique historical evolution. Russian culture According to the Norman theory of the origin of the Russian nation, the Scandinavian culture is the most important source of early Russian culture. During the chaotic period of the tribe at the stage of primitive society, the Norman Varian was invited to Russia to reconcile the tribes of Russia and manage them, and this brought the Germanic custom to regulate the socio-economic and legal relations of various tribes. Since the formation of the ancient state of Russia, the ruling class has constantly strengthened the drafting of new laws and regulations, but customary law still dominates the legal system of the state. At the same time, ordinary norms in the system of customary law as a quasi-legal norm between morality and law have become an integral organic component of social customs and norms at all stages of Russian social development.

During the period of Ancient Russia, the common custom of the Slavic people and the Norman Customary Law had a profound impact on the social life of ancient Russia. From the beginning of the 9th to the 17th century, customary law existed as the main legal source for regulating social relations in the late period of the development of Russian primitive society and in the earlier time of feudal society. His coercive force was based on the conviction that was widespread in the social community during this period, that is, "existing customs denote a reasonable basis". With the formation of the East Slavic state, the rulers began to work on drafting new legal norms, but inheritance is still mainly based on customs based on the clan system. As a result, as a rule of conduct recognized and guaranteed by the state, traditional customs gradually acquired a legal nature, and after that, positive law was formed. "Russkaya Pravda" is the most representative legal collection in the early years of the Russian feudal society, "The Truth of Ross", which was compiled according to the customs of the Eastern Slavs, and is the very first positive law of ancient Russia.

Before the appearance of formal law, customary law always played a role and coercive force as legislation, but the self-defense and insane methods of revenge obtained from it also caused social unrest. In order to stop personal self-defense and self-arbitrariness, as well as to strengthen ties between different regions, it is necessary to use the power of common law to unite the Principality into a whole. Although the new law does not exclude the original good customary norms, if there are no necessary penalties for violations, it will be destructive for the law. Therefore, it is necessary to give customary law a legal meaning and a compelling force, without changing the existing content of customary law. I must say that the German customs and the traditional customs of the Slavic people are intertwined in the historical codification of Russian procedural law, forming a unique historical path of development of the procedural legal system of ancient Russia. Although national customs were recognized by the state in the form of positive law with the help of "Russian Truth", and became the norm of justice and social norm on the basis of the guarantee of national coercive force, but this did not change the essence of customary law, but the form of positive law was given to it. As the modernization of the Russian judicial system moves into modern times, generations of legislators and lawyers are focusing on the study of national legal traditions and history, trying to discover the natural laws governing the development of the Russian legal system, and are constantly trying to make progress in the modern and modern process of judicial reform. The harmony of legislation, the borrowing of laws and national customs to a certain extent ensured a reasonable adjustment of national laws and norms of customary law.

Keywords: Ancient Russia; German custom; Positive law; Legal system; National custom.

古罗斯时期，斯拉夫民族的共同习俗和日耳曼习惯法对于古代俄罗斯的社会生活产生了深刻影响。从9至17世纪初期，习惯法作为俄罗斯原始社会发展末期和封建社会早期调整社会关系的主要法律渊源而存在，其效力建立于这一时期社会群体中普遍存在之确信，即“所有存在之习惯，即为合理之依据”。¹随着东斯拉夫国家的形成，统治者开始致力于创制新的法律规范，但承袭的依然主要是建立在氏族制度基础之上的习惯法。由此，作为由国家认可并保障实施的行为准则，传统习惯逐渐获得了法律性质，并随之形成了成文法，《罗斯真理》就是俄罗斯封建社会早期最具代表性的法律汇编。《罗斯真理》又名《罗斯法典》，它是根据东斯拉夫习惯汇编而成的《罗斯法律》，也是古代罗斯最早的成文法。

历史上在成文法典出现之前，习惯法一直事实性的发挥着立法的功能与效用，但由其衍生而来的自力救济、同态复仇行为也引发了社会的无序。为了制止个人恣意和愈演愈烈的自力救济行为，并强化各地区联系，雅罗斯拉夫大公时代刚刚形成国家形态的基辅罗斯，需要借助共同法（общий закон, 或称普通法）的力量将各公国联结成为整体。虽然新的法律没有排斥原有优良的习惯法规范，但是，如果对于违法行为没有必要的惩戒，这对于法律而言将是毁灭性的。因此，需要在不改变习惯法现有内容的情况下，赋予习惯法以法律意义以及强制力。雅罗斯拉夫大公（Ярослав Мудрый）²以自身的立法智慧，通过《罗斯法典》的创制实现了这一目的，并通过之后历任沙皇的立法不断巩固并加以完善。

一、原始部落时期以正义与良知为基础的争议解决方式

俄罗斯国家在形成的过程中，融合了许多不同民族起源的部落，包括斯拉夫、芬兰、可萨³等诸多民族。这些部落停止迁徙，在固定的地域定居，部落彼此之间各自独立生活和治理，为了防止敌人的袭击，一些部落将村庄（селение）加固，从而形成了小型城市（город, 意为城堡，土城）。⁴当时，波良人⁵建立了基辅城，斯拉夫人建立了诺夫哥罗德城，克利维奇人⁶建立了斯莫尔棱斯克城。最初，各部落在属于自己氏族

¹ 张寿民：《俄罗斯法律发达史》，北京：法律出版社，2000年版，第23页。

² Ярослав Мудрый, 基辅大公，（约978年-1054年），有智者之称。

³ Хазарский, 可萨人，定居于中亚的游牧民族，使用突厥语，6世纪下半叶成为北高加索最强大的民族。

⁴ Нестор, объясненный Шлецером / перевод Языкова. Часть 1. С. 174, 186 и 189.

⁵ 东斯拉夫民族部落联盟一支，定居于第聂伯河中游右岸，后建立基辅城（Киев），从公元882年起成为基辅罗斯首都。

⁶ 东斯拉夫部落联盟，6-10世纪形成于西德维纳河上游，第聂伯河和伏尔加河流域，主要从事农耕和畜牧。

的土地上生活。随着人口的增加和生产力的发展，部落之间为了共同防御敌人结成了联盟，之后通过彼此之间的征服和兼并，逐渐形成了公国（**княжение, княжество**）。

氏族和部落联盟在内部事务管理上，主要依靠世代相传的传统习惯。部落之间依据实力为满足共同防卫的需要，结合在一起形成联盟（**союз**）。由于财产分配上实行共同所有制，所以尚未形成个人和私人利益的观念，土地由氏族成员共同劳作，由氏族首领管理各家族并分配劳动成果。此时土地所有权并未形成，因此田地的边界很容易确定，也不需要法律审理解决利益冲突，简单的生产关系未对法律的形成提出要求。这种生活方式下，传统习惯足以帮助社会关系的确定。民族起源的共同认可，一致的信仰和传统习惯，防卫上的共同义务也就成为氏族和部落联盟形成的应有之义。此种父系家长制下的集体生活，对于具有权利保护性质法律的需求是极低的，如同普通家族生活习惯中，对于家长和成员的尊敬和爱戴，足以排除侵害权利和实施不法行为的企图。这种权力制度以父系家长制为基础，通过氏族长者实施管理权加以维系。此种权力仍然是家族性质，类似于家长与家族中不同血缘远近成员之间的关系，因为此种关系具有某种不确定性，也使原初社会中的社会关系处于相对不确定的状态中。

氏族首领和家长拥有审理和解决氏族和家族内部不同主体之间争议的权力，其依据主要是正义理念（**здравый смысл**）和良知（**совесть**），这是解决争议自然而原始的基础，也是人类的固有属性。任何立法均不能违背理性和良知。无论立法者创制何种法律，包括程序法，都必须遵循这两种人类精神属性中的基本原则，虽其内容无法变更，但随着时代和社会关系不同，表现出不同的形态。原初社会，氏族首领以及家长在训诫、嘱托、愿望、意志、决定、解决争议过程中表达出的理性和良知，以习惯法的形态随着氏族发展而逐渐固定下来，其后，又伴着氏族和家族的解体和重组，成为氏族成员之间最重要的联系纽带和必须遵循的共同准则。因此，习惯法也被称为民族的理性和道德，并在一定程度上代表了原始阶段社会生活的发展水平。

由于共同的理性和良知，以及社会生活的相似性，各民族原始审理和解决案件的方式，以及司法组织本身都极为相似甚至相同：习惯法成为诉讼程序的原始基础，最初适用的范围是氏族和家族内部，最早的法官由氏族首领或者家族家长担任。家族或者氏族内部成员间的争议，由家长或者氏族首领通过和平调停（**мировой разбор**）的方式审理和解决，父系家长拥有的完全权力，成员内部认可共同的血缘关系以及彼此间的爱戴，也使得调停就具有完全的效力，其蕴含的神圣的性质要求控诉人和被控诉人均必须无条件服从。俄罗斯原初社会解决争议的方式，一直保留在俄罗斯传统法律文化之中，直到现代的和平法官制度，仍然把促进当事人和解作为优先任务。

二、部落混乱时期父系家长制下的争议解决体系

随着斯拉夫部族进入部落联盟阶段，诸部落联盟实力逐渐增强，各部落之间开始彼此攻伐，导致罗斯大地处于战乱之中，也由此陷入部落混乱时期。此时，由于社会制度的重大改变，原始的父亲家长制的解决争议方式也随之发生了巨大变化。

随着社会的发展和氏族规模的扩大，某些家族之间的联系逐渐弱化，一些家族对于共同的起源逐渐失去认同感，只有部分家族依旧保持着组成氏族联盟的传统。其他不属于同一氏族的家族对其而言等同于异族，由于不能期待组成和平的联盟，又要防止异族的进攻和侵害，于是若干观念上认为自己属于同一氏族的家族，共同组成了新的社会组织——村社（**община**），一种新型的共同社会生活形态。最初的村社继续了以往的传统父系家长制，但随着一些村社解体和重组，这种内部的联系逐渐消失，虽然各个村社仍然通过内部联盟的方式结合在一起，以村社会议的方式解决社会生活事项，但是，一些强大的村社开始寻求对于其他村社的支配，由此导致了最初形态部落联盟的解体，以及民族生活方式的改变。村社之间这种敌对的冲突破坏了原有父系家长制下的生活秩序——和平调停这种统一而最优的争议解决方式，在倾轧和无序的时代已经无法独立适用，与之并立的另一种更野蛮的争议解决方式——自力救济（**самоуправство**）随之出现。在整体失序的状态下，父系家长的生活方式只能在家族内部保持并加以强化：家族成员在家族内部彼此之间寻求保护，将对于家族成员的侵害，等同于对整个家族的侵犯，因此，不仅受害人，其近亲属亦可以追捕加害人。这就是同态复仇（**мечь**）、自力救济和私自审讯（**самосуд**）的起源，并逐渐取代了之前的习惯，成为审理解决争议的依据。无序时代出现的私自审讯和自力救济在古罗斯很长时间内被广泛应用，并随着社会的发展以法律的形式得以确认。这一状况一直延续至社会公共权力真正确认了法定的权利保护方式，并规定了诉讼的法律形式，自此自力救济逐渐弱化，直到完全消失。

三、日耳曼习惯法对于俄罗斯诉讼体系形成的影响

各村社为追求自身的支配地位，彼此之间互带敌意的冲突以及社会的整体无序均达到了一定程度，这就迫使各部族开始寻求先进民族强大首领作为罗斯诸部落的统治者，帮助解决纷争和建立秩序，于是北方诺曼人一支的瓦良格公爵们开始入主罗斯，并于公元862年分别登上了王位：留里克在诺夫哥罗德，特鲁沃尔在伊兹博尔斯克，西纽斯在别洛奥泽罗。⁷瓦良格的王公开始在部落联盟的内部建立新的秩序，分配土地并将管理权赋予自己的代理人（**наместник**，意为地方长官），他们直接服从于王公的权威。⁸被破坏的部落统一开始重新逐渐得到恢复。瓦良格王公作为诺曼人⁹的一支为部落生活带来了新的日耳曼因素，并随之建立了新的管理体系、组织结构、习惯法，以及审理解决争议程序的原则。部落的无序状态，加速了集权

⁷ О. И. Чистяков主编，徐晓晴译，俄罗斯国家与法的历史，法律出版社，2013版，第37页。

⁸ Нестор, объясненный Шлецером, перевод Языкова. Часть 2. С. 27.

⁹ 诺曼人属于8-11世纪自北欧日德兰半岛和斯堪的纳维亚半岛等原住地向欧洲大陆各国进行掠夺性和商业性远征的日耳曼人。

阶级的产生,同时,王公亦具备了创造社会的安定、维护内部秩序和实现正义的职能。而王公完成这一神圣使命的方式,就是在部落生活中引入其所熟知并具有信仰意义的正义体系,包括组织机构体系、日耳曼习惯法、争议审理解决体系。王公首先发现,获得完全社会规范效力的复仇传统是造成内部混乱的重要原因,为了改变这一现状,必须对这一传统进行必要的限制,即通过法律具体规定适用同态复仇事项的方式约束这一行为。为此,王公吸收了日耳曼习惯法中关于复仇的规定,将其限定为自由人所拥有的特权,并且只能由控诉人及其近亲属针对加害人行使。这一制度得到王公认可后,在基辅罗斯存在了相当长时期。¹⁰

《雅罗斯拉夫真理》¹¹(简明版《罗斯法典》)中对自力救济、私自审讯,可以复仇和追究的违法和侵权行为进行详细规定:只有在谋杀、导致伤残和个人侮辱等情况中,允许自力救济,为个人的恣意设置了界限;《雅罗斯拉夫真理》认可自由人通过个人力量追究加害人并向其复仇的权利,但这种加害复仇权只能被赋予控诉人及其近亲属。法典中补充的内容包括,根据控诉人意志实施自力救济,但是,如果没有人为死者复仇,那么政府有权要求凶手进行金钱赔偿。¹²因此,侵权行为发生不仅与控诉人,同时也与社会发生联系:法律以刑罚威慑侵权人,为控诉人提供由法律确定的保护方式和侵权救济,但是,在本质上,之前的复仇习惯仍然被认可。《罗斯法典》以下列方式规定了连保制度(круговая порука):为每个自由人提供了依据善良意志加入共同体(сообщество,意指村社等共同体)的权利。所有成员担负相互救济的重要义务,只有凶杀和其他侵权行为发生在村社内部时,村社成员以罚金(вира)的名义支付赔偿金。如果罪犯是连坐组织中的一员,则其他成员向大公支付一半罚金,另一半赔偿金则由罪犯以人命赔偿金的名义向死者亲属支付。而这种连坐共同体又称为连坐村社(вервь)。¹³

《罗斯法典》中规定的另一习惯法规范是十二人调查陪审团法院(суд двенадцати посредников)。十二人调查陪审团法院是盎格鲁-撒克逊人、丹麦人、瑞典人和挪威人审理嫌疑人案件的古老方式,在这些民族法院首先按照习惯法,之后按照法律进行审理,原告和被告各指定6名法官,这些法官按照日耳曼法被称为诺茅顿(德语:Naemd,Nemd,Nembd)。这一制度在斯拉夫民族作为习惯法而存在,从瓦良格大公时代开始被引入基辅罗斯,十二人调查陪审团法院是氏族最早的司法机构,由于氏族成员众多,不可能每个案件都由全部成员或者大部分成员审理,因此,只能将案件交由其中部分最富有经验的成员审理,由此产生了将案件审理委托给民选代表审理的习惯法,并在《罗斯法典》中继续认可了这一制度。

古罗斯民事权利的保护,以及权利遭受侵害时的恢复,主要依赖于部落血亲联盟的牢固程度,其既是个人事项,也是家族或者氏族首领份内之责。随着氏族部落的发展,其中若干氏族由其中实力较强的氏族首领统领而形成公国(княжение)。联盟氏族中个人的生活方式主要依据古老的血亲原则,虽然作为联盟首领的王公手握权力,但并不能改变原有的内在社会关系运行秩序。王公作为最高司法官,仅仅受理请求其保护并做出裁判的案件。因此,个人权利的保护,更多是个人及其近亲属和同族人的私人事项。由此,通常会根据案件情节性质划分审级管辖,轻微案件和争议由家族共议解决,更为重要的案件提交整个氏族解决,最为重要提交王公裁判,王公裁判是权利保护的最后一种手段。由于原始习惯法对于证言和判决都没有固定要求,审理案件的是大公、贵族和氏族代表,他们不是职业法官,司法审判也不是其主要职能,因此,有时会仅根据具体的案件情况作出判决。判决主要通过在世之人口耳相传,而且,为了让裁判流传时间更久,经常让儿童参与审判程序。

四、封建割据时期地方诉讼体系的形成

雅罗斯拉夫王公死后,依据其遗嘱,罗斯被分封给他的五个儿子,由此,出现了封邑制度(удельная система)。这一制度承认每个王公在分封领地上的最高权威,仅在一些极为重要情况下,要求封邑王公必须服从于大公的权力。这一时期立法权和司法权属于大公及其他封邑王公。这种共同参与而制定的法律对于所有公国具有强制力。¹⁴这一立法方式,保证了诉讼体系的统一。基辅罗斯所有地区,直到大公权力衰弱形成几个大公国之前,都保持了诉讼体系的统一。封邑王公在自己封地内对于所有子民享有最高司法权。而大公的司法权则体现在,其拥有解决其他封邑王公间纠纷以及召开共同立法会议的绝对权力。《罗斯法典》在整个罗斯范围内继续拥有普通法或称为共同法(общий закон)的效力。但是很快统一的诉讼体系中就分化出具有地方性质的诉讼制度,其中最具有代表性的是城市诺夫哥罗德。凭借其财富以及与日耳曼城市间的密切往来,雅罗斯拉夫大公向诺夫哥罗德赋予了特权并获颁发的恩许状(льготная грамота),之后的历代大公都对此予以确认,最终,诺夫哥罗德市民大会(вече)¹⁵借鉴了许多异域民族的法律特点,形成了独具特色诉讼体系。较于同一时代基辅罗斯其他地区的诉讼体系,这一体系更为详细而准确,并且更具有确定性,尤其是其中包含同一时代日耳曼习惯法的许多因素。

除了诺夫哥罗德外,在基辅罗斯其他地区,随着诸多小公国独立发展,逐渐形成了若干大公国。特别是雅罗斯拉夫大公死后,被分封的五个儿子开始相互间征伐,封建割据势力开始遍及全国各地,司法权和立法权的统一性也随之逐渐消失,各具特点的地方诉讼体系开始形成。但是这种独立司法体系的建立仅停

¹⁰ Историческое изображение древнего судопроизводства в России, соч. Куницына. С. 1.

¹¹ 1136年诺夫哥罗德起义之后,《雅罗斯拉夫真理》和《雅罗斯лавичи真理》正式合编在一起,称为简明版《罗斯真理》。

¹² Русская правда, текст, в сочинении Калачова (Исследование о Русской Правде). С. 109. Статья 74.

¹³ Русская правда о вирах, в сочинении Калачова (Исследование о Русской Правде). С. 114. Статья 89.

¹⁴ Русская Правда имела силу закона и на севере, и на юге Руси. См.: Соч. Калачова. Ст. 14. С. 86.

¹⁵ вече会议是城市中的市民大会,起源于氏族制度与军事民主制度,是由部落会议发展而来的,早期拥有广泛的行政权、立法权和司法权。

留在形式上，在其内核上仍然保留了共同的信仰、语言和习惯。因此，大部分公国的诉讼体系仍然保有共同基础，并获得了同步的发展。

封建割据时期诉讼体系的发展主要借助于特别法，称之为审判条令（судная грамота）。根据规定，总督（наместник）、州长（волостель）或地方长官必须按照条令审理司法案件，而和平调解解决纠纷的传统习惯仍被审判条令保留下来，条令规定，向司法长官（судебный начальник）汇报后，当事人双方有权自行通过和平方式解决争议。除此之外，条令还详尽规定了当事人的诉讼代理人制度，以及起诉的正当性，对于原告无依据的诉讼主张施以警告，并对不公正的诉请科以罚金等带有日耳曼习惯法色彩的制度。

审判条令的制定对于俄罗斯民事诉讼体系的发展产生了重要影响：（1）使原本相互交叉、民刑一体的民事诉讼与刑事诉讼程序实现了分野；（2）更为详尽准确地规定了民事诉讼程序，促进了民事诉讼快速发展和完善；（3）为民事诉讼程序赋予了维护权利正义的性质。对于过错方，不仅应当承担诉讼规费，还应当对不公正（缺乏正当依据）的审判请求科以罚金；（4）随着国家文书体系的发展，很多法律关系通过契照的方式固定下来，原有的言词诉讼模式逐渐被书面审理形式所代替。但原有古老的言词诉讼习惯仍被保留下来，即可以通过言词方式提出控诉启动诉讼，法庭辩论必须以言词方式进行，原告和被告进行当庭对质，这一规定并被延伸到上诉审中。案件提交至大公审理时，以口头形式向大公报报告，大公亦有时根据报告做出言词判决。¹⁶

在这一时期直到律书制订之前，鞑靼汗国（татарское владычество）对于诉讼体系发展的影响微乎其微，原因在于，可汗并不干预被征服区域的内政，并且这些区域原有的纠纷审理和解决方式要比之粗糙的鞑靼习惯法更加完善。鞑靼人所施加的影响仅仅停留在拷打追债（правеж），这是他们追缴欠税的有效手段，后来这一手段也被应用于追缴诉讼赔偿，直到彼得大帝时代才被有利于债务人的记工代偿方式所代替。¹⁷

五、中央集权制国家时期诉讼习惯法的成文法典化

饱受蒙古鞑靼人的侵扰和殖民240年后，莫斯科公国的崛起使全罗斯看到了民族统一的希望，并在伊凡三世带领下于1480年最终战胜了蒙古鞑靼人，将原有的各公国纳入统一的版图之内，在烈火与血泊中建立起了俄罗斯统一的民族国家。同时，伊凡三世也意识到必须通过统一立法，强化这一广阔版图中各地区间的联系。而在社会关系调整方面，君主最为重要的立法活动是设置合理的争议审理解决程序。虽然随着立法发展，最初古老争议解决方式，被后世制订的成文法典《罗斯法典》，以及之后出现的规范诉讼程序的审判条令和条例状（уставная грамота）所取代，但民事诉讼法律关系作为具体的社会关系仍然处于一种不确定的状态。因此《伊凡三世律书》和《伊凡四世律书》（судебник，以下简称律书），无论在名称上还是在内容上都更为重视审判程序，而之后的1649年《国民会议法典》（соборное уложение）更为全面和详尽地确定了诉讼程序的法律形式。尤其是当时其他社会关系领域还处于相对不确定的状态，而诉讼法律关系在众多社会关系中却获得独立发展，其根本原因在于，国家初创阶段社会的稳定，必须通过完备的法律手段加以保障，也正因如此，历代大公都不遗余力地强化司法领域诉讼体系的建设与立法。

伊凡三世试图在国家各区域间建立紧密的联系，为此他以一名优秀的立法者视角去创制基辅罗斯统一的法律空间。他没有推翻、抛弃原有的审判条令，而将各村社、地方的审判条令收集、审查、修改，据此创制自己的律书。律书寻求共性摒弃了地方因素，最终形成了基辅罗斯各地区的统一法。在此之后，沙皇伊凡四世又颁布了1550年律书，目的既是回应司法实践的要求，也是对第一部律书的补充和完善，进一步发展了民事诉讼体系。两部律书着重于法律形式即诉讼程序方面的完善¹⁸，习惯法因素并没有因为成文化而弱化其地位，例如，依然保留从居民中选举地方行政官（целовальник）实施审判权的传统等。在此之后的沙皇阿列克谢（Алексей Михайлович）1649年《国民会议法典》中，仍然将习惯法因素以地方审判条令或者条例状的形式保留下来。司法实践中律书作为普通法形式的裁判规范优先适用，但在律书中缺少相应规定的条件下，可以依据地方条例进行审理。¹⁹

在上述三部法律中，习惯法因素获得了进一步的确定，选举出的地方官和法官审理案件时，可以依据审判条令按照习惯法做出判决，即法官和地方官在缺乏法律规定时，依据公正、良知、内心确信、习惯做出判决，此时的法律依靠选举出的法官和地方官良知实施。因此，即使法律对某些诉讼程序未做出明确的规定，但是，仍然可以依据审判者共同的基本义务，按照沙皇敕令、律书、以及习惯法，甚至采用习惯法中的亲吻十字架起誓等方式判定正义一方。

从1497年律书到1649年国民会议法典，时代愈向前发展，生产力愈进步，社会关系愈复杂，相应的，习惯法亦面临着挑战，面对不断涌现的复杂社会关系，民选地方长官审理由新社会关系引发的案件时，依据内心确信实施的审判开始愈发“力不从心”。对于国家而言，需要在统一的立法施政来实现君主权威，针对不断涌现新型案件，制订能够确定新型社会关系本质的审理规范成为这一时代的主题。法典相较之前法律更加准确和完善，注重法律程序，但也坚持了民族古老的传统习惯准则。可以说，这一时期的法典拥有法律和习惯法的双重性质。

¹⁶ Акты юридические. 1508 г. № 13. «И Дмитр. Владимир. Суд свой сказа Велик. князю».

¹⁷ Указ 1718 года, января 15. Т. И. Перв. Полного собрания законов Российской империи.

¹⁸ 在俄罗斯哲学理念中内容与形式是对立统一的概念，在法理上通常将实体法视为内容，程序法视为形式。

¹⁹ Акты Археогр. экспедиции. 1606 г. Т. 2. № 52.

结论:

通过上述溯源性研究,我们不难发现,习惯法体系当中的习惯准则,作为介于道德与法律之间的准法规,已经成为俄罗斯社会发展各个阶段中,社会习俗和规范体系当中不可或缺的有机组成部分。日耳曼习惯法与斯拉夫民族传统习惯,在俄罗斯诉讼法制成文法化的历史形成中彼此交织,形成了古代罗斯诉讼法制发展的独特历史轨迹,虽然,上述习惯法通过《罗斯法典》以成文法形式被国家认可成为国家强制力保障实施的裁判规范和社会规范,但并未改变其习惯法的本质,只是被赋予了法律的表现形式。随着俄罗斯诉讼法制化进程步入近代,一代代立法者和法学家着力于研究本民族法律传统和历史,力图从中发现俄罗斯法制发展的自然法则,并在近代和现代司法改革过程中不断尝试将法典创制、法律移植与民族法律习俗融合,并在一定程度上实现了国家法与民族习惯法的合理调适。

Роль государственных обвинителей в судах с участием присяжных заседателей: опыт Российской Федерации и Китайской Народной Республики

The role of public prosecutors in jury trials: the experience of the Russian Federation and the People's Republic of China

А. А. Антонен,
Институт экономики и права Петрозаводского государственного университета, Россия
antonen.aa@gmail.com

A. A. Antonen,
Institute of Economics and Law of the Petrozavodsk State University, Russia
antonen.aa@gmail.com

© А. А. Антонен, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.132-135

Аннотация. В статье рассматриваются вопросы развития суда с участием присяжных заседателей в России и Китае, результаты работы государственного обвинения в российских судах присяжных на основе данных формы № 1 статистической отчетности Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации за последнее десятилетие. Автором приводятся статистические показатели, подтверждающие рост популярности суда с участием присяжных заседателей в России. Обсуждаются результаты возвращения судами прокурору уголовных дел в порядке ст. 237 УПК РФ как показатели эффективности работы прокурора в суде.

Затрагивается проблема стабильного увеличения за последние 10 лет числа оправданных лиц в судах с участием присяжных заседателей. Предлагаются пути разрешения сложившейся ситуации в рамках развития системы присяжных заседателей и института государственного обвинения в Российской Федерации. Этот опыт может быть интересен для Китая.

Ключевые слова: присяжные заседатели, государственный обвинитель, Уголовно-процессуальный кодекс, уголовный процесс, суд с участием присяжных заседателей, прокурор, статистическая отчетность.

Abstract. The article discusses the development of jury trials in Russia and China, the results of the work of the state prosecution in Russian jury trials on the basis of data from form No. 1 of the statistical reporting of the Judicial Department at the Supreme Court of the Russian Federation over the past decade. The author provides statistical indicators confirming the growing popularity of jury trials in Russia. The results of the return of criminal cases by the courts to the prosecutor in accordance with Art. 237 of the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation, as indicators of the effectiveness of the prosecutor's work in court are discussed.

The article touches upon the problem of a stable increase in the number of acquitted persons in jury trials over the past 10 years. The ways of solving the current situation within the framework of the development of the system of jurors and the institution of public prosecution in the Russian Federation are proposed, which may be an experience for China.

Keywords: jurors, public prosecutor, criminal procedure code, criminal procedure, jury trial, prosecutor, statistical reporting.

В последние годы как в России, так и в Китае приобретает популярность такая форма судебного разбирательства, при которой рассмотрение уголовных дел производится судом с участием присяжных заседателей.

В Российской Федерации ряд уголовных дел в первой инстанции может быть рассмотрен судьей

верховного суда субъекта Российской Федерации или приравненного к нему суда с участием коллегии из 8 присяжных заседателей, либо судьей районного или приравненного к нему суда при участии коллегии из 6 присяжных заседателей (п. 2, 2.1 ч. 2 ст. 30 Уголовно-процессуального кодекса РФ)¹.

¹ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (с изм. от 30 апреля 2021 г. № 111-ФЗ) // Российская газета. 2001. 22 дек.

Совершенствование юридической системы Китая во многом производится по образцу реформ юридической системы России. Первоначально система судов присяжных была заимствована Китаем в бывшем СССР. Была сформирована китайская народная социалистическая система присяжных заседателей². Согласно ст. 147 Уголовно-процессуального кодекса КНР, низовой народный суд и народный суд средней ступени при рассмотрении некоторых уголовных дел в первой инстанции могут осуществлять судопроизводство в составе судьи и судебной коллегии из 3 народных заседателей³.

Выводы, полученные по результатам анализа некоторых статистических показателей работы прокурора в российских судах присяжных могут иметь существенное значение не только для России, но также и для Китая как опыт работы в данном направлении.

В последние годы на территории Российской Федерации отмечается существенный рост числа уголовных дел, рассматриваемых судом с участием коллегии присяжных заседателей, согласно данным формы № 1 статистической отчетности Судебного департамента при Верховном Суде РФ «Отчет о работе судов общей юрисдикции по рассмотрению уголовных дел по первой инстанции»⁴.

При этом в суды с участием присяжных заседателей в 2011 г. поступило 552 дела, в 2020 г. — 777. В 2011 г. судами присяжных окончено 545 дел, а в 2020 г. — уже 745. Рост показателей отмечается даже на фоне снижения в период с 2014 по 2018 г. числа рассматриваемых судами с участием присяжных заседателей уголовных дел ввиду ряда законодательных изменений численного состава коллегии присяжных заседателей⁵, перечня рассматриваемых судом присяжных уголовных дел⁶.

При этом настораживает соотношение количества возвращенных прокурору для устранения недостатков в порядке ст. 237 УПК РФ уголовных дел судом первой инстанции и аналогичного числа уголовных дел в судах с участием присяж-

ных заседателей, возвращенных прокурору для устранения недостатков в порядке ст. 237 УПК РФ. В среднем за 10 лет эти показатели составляют ежегодно 10 777 дел (1,21 % от числа окончанных дел) и 38 дел (8,42 %), соответственно; по числу лиц — 13 789 (1,46 %) и 111 лиц (11,96 %). Доля возвращаемых прокурору дел в судах присяжных существенно превышает общие показатели в суде первой инстанции.

Одновременно с этим доля обжалованных по представлениям прокуроров постановлений о возвращении уголовных дел в порядке ст. 237 УПК РФ за последние 10 лет остается небольшой: 32,48 % в судах первой инстанции против 29,30 % в судах с участием присяжных заседателей — в судах присяжных этот показатель значимо ниже общего по судам первой инстанции.

Работа прокуратуры Российской Федерации в этом направлении должна быть активизирована. Необходимо стремиться к снижению количества возвращаемых прокурору уголовных дел. Для этого следует более тщательно проводить проверку обвинительных заключений (актов, постановлений) на предмет нарушений требований УПК РФ; вручения обвинительного заключения (акта, постановления) обвиняемому; разъяснения ему прав, предусмотренных ч. 5 ст. 217 УПК РФ, при ознакомлении с материалами уголовного дела; определения места совершения преступления и подследственности уголовного дела.

Также можно судить о результатах работы суда присяжных в целом и прокурора, выполняющего роль государственного обвинителя, в частности по количеству оправданных лиц. Так, из общего числа 9 659 570 лиц по окончанным за последние 10 лет уголовным делам в судах первой инстанции оправдано лишь 41 125 человек (0,43 %). В то же время в судах присяжных за последние 10 лет были окончены уголовные дела в отношении 9 087 лиц, при этом судом с участием присяжных заседателей оправдано 1 409 человек (15,51 %).

² Цзыхуэй А. Совершенствование народной юридической системы Китая по образцу реформ юридической системы России // Развитие российско-китайских отношений: новая международная реальность : материалы второй Международной научно-практической конференции, посвященной 70-летию Победы во Второй мировой войне : в 2 ч. / под науч. ред. А. П. Суходолова, Т. Г. Озерниковой. Иркутск : Байкальский государственный университет, 2016. С. 14.

³ Руденко В. Н. Участие граждан в отправлении правосудия в современном мире / Российская акад. наук, Уральское отделение, Институт философии и права. Екатеринбург : УрО РАН, 2011. С. 261 ; Уголовно-процессуальный кодекс КНР / Консалтинговая группа «Окно в Китай». Гонконг, 2021 // URL: http://chinalawinfo.ru/procedural_law/law_criminal_procedure (дата обращения: 11.05.2021).

⁴ Данные судебной статистики / Судебный департамент при Верховном Суде Российской Федерации. М., 2021 // URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79> (дата обращения: 11.05.2021).

⁵ Борохова Н. Е. Процессуальные и тактические особенности формирования коллегии присяжных заседателей // Проблемы науки. 2019. № 10 (143). С. 53 ; Юсупов У. В. Проблемы производства в суде с участием присяжных заседателей и пути их решения // Международный журнал гуманитарных и естественных наук. 2021. № 3—1. С. 280.

⁶ Курочкин И. А. Институт присяжных заседателей в России // Colloquium-journal. 2019. № 7 (31). С. 100 ; Прысь Е. В., Наруцкая Н. В. Взаимодействие коллегии присяжных заседателей и профессионального состава суда в уголовном процессе // Человек: преступление и наказание. 2019. № 4. С. 512.

Одновременно с этим в течение последних 10 лет на фоне стойкой тенденции к снижению процента оправданных лиц из числа лиц по оконченным уголовным делам судами первой инстанции (с 0,81 % до 0,25 %) аналогичный процент в судах с участием присяжных заседателей в последние годы существенно растет (с 12,05 % до 24,01 %).

Вырисовывается картина, при которой решения суда присяжных в разы чаще приводят к вынесению оправдательного вердикта и, как результат, оправдательного приговора по отношению к показателям решений суда первой инстанции в целом.

Причиной этого может являться эмоциональный характер решений суда присяжных, поскольку к ним не предъявляются требования о наличии юридического образования или опыта работы в сфере юриспруденции, согласно ст. 3 Федерального закона от 20 августа 2004 г. № 113-ФЗ (ред. от 1 октября 2019 г.) «О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации». Зачастую присяжные заседатели полагаются на свои ощущения, поскольку не знакомы с уголовным процессом, принимают решения интуитивно, подвержены влиянию (в том числе стороны защиты)⁷.

Согласно ч. 1 ст. 17 УПК РФ присяжные заседатели «оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь при этом законом и совестью».

Государственный обвинитель должен указывать присяжным заседателям на то, что представленные в суде доказательства должны быть оценены, а не приняты на веру, поскольку никакие доказательства не могут иметь силы заранее (ч. 2 ст. 17 УПК РФ). При этом присяжный заседатель

при принятии решений должен в первую очередь руководствоваться законом и только потом совестью. Безусловно, сопереживание обвиняемому допускается, однако оно не может быть положено в основу решений по делу.

Таким образом, поддержание государственного обвинения в суде с участием присяжных заседателей необходимо поручать прокурорам, имеющим соответствующие личностные качества и высокий уровень профессионализма. Самим государственным обвинителям следует осуществлять подготовку к судебным заседаниям, оценивать доказательства беспристрастно и в совокупности, строить планы своих действий, заранее письменно составлять тексты своих речей, а в случае затруднительной ситуации ходатайствовать перед судом о предоставлении времени для подготовки и обоснования своей позиции, согласно п. 4.1, 5 приказа Генерального прокурора РФ от 25 декабря 2012 г. № 465 «Об участии прокуроров в судебных стадиях уголовного судопроизводства»⁸.

Помимо этого, прокурорским работникам следует не реже одного раза в полугодие проводить анализ состояния прокурорского надзора на данном направлении в соответствии с приказом Генерального прокурора РФ от 27 ноября 2007 г. № 189 «Об организации прокурорского надзора за соблюдением конституционных прав граждан в уголовном судопроизводстве»⁹, результатам которого уделять особое внимание.

Результаты проведенного анализа показывают существующие проблемы как в работе судов присяжных, так и при поддержании государственного обвинения по таким делам в России. Опыт Российской Федерации по участию граждан в отправлении правосудия может стать толчком для реформ системы присяжных заседателей в Китае.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Борохова Н. Е. Процессуальные и тактические особенности формирования коллегии присяжных заседателей // Проблемы науки. — 2019. — № 10 [143]. — С. 52—54.
2. Данные судебной статистики / Судебный департамент при Верховном Суде Российской Федерации. — М., 2021.
3. Курочкин И. А. Институт присяжных заседателей в России // Colloquium-journal. — 2019. — № 7 [31]. — С. 99—102.
4. Прысь Е. В., Наруцкая Н. В. Взаимодействие коллегии присяжных заседателей и профессионального состава суда в уголовном процессе // Человек: преступление и наказание. — 2019. — № 4. — С. 510—519.
5. Руденко В. Н. Участие граждан в отправлении правосудия в современном мире / Российская академия наук, Уральское отделение, Институт философии и права. — Екатеринбург : УрО РАН, 2011. — 644 с.

⁷ Федеральный закон от 20 августа 2004 г. № 113-ФЗ «О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации» [с изм. от 1 октября 2019 г. № 328-ФЗ] // Российская газета. 2004. 25 авг. См. также: Уголовно-процессуальное право Российской Федерации : учебник / отв. ред. П. А. Лупинская. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Норма, 2009. С. 784.

⁸ СПС «КонсультантПлюс». Документ не опубликован.

⁹ СПС «КонсультантПлюс». Документ не опубликован.

6. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации : учебник / отв. ред. П. А. Лупинская. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма, 2009. — 1072 с.
7. Уголовно-процессуальный кодекс КНР / Консалтинговая группа «Окно в Китай». — Пекин, 2021.
8. Цзыхуэй А. Совершенствование народной юридической системы Китая по образцу реформ юридической системы России // Развитие Российско-Китайских отношений : новая международная реальность : материалы второй Международной научно-практической конференции, посвященной 70-летию Победы во Второй мировой войне : в 2 ч. / под науч. ред. А. П. Суходолова, Т. Г. Озерниковой. — Иркутск : Байкальский государственный университет, 2016. — С. 9—17.
9. Юсупов У. В. Проблемы производства в суде с участием присяжных заседателей и пути их решения // Международный журнал гуманитарных и естественных наук. — 2021. — № 3—1. — С. 279—281.

Консультативная компетенция по международному праву Международного Суда: теоретические и практические вопросы Advisory competence on international law of the International Court of Justice: theoretical and practical issues

Нго Хуу Фуок,
кандидат наук, заведующий кафедрой
международного публичного права,
секретарь Совета по науке и обучению
Юридического университета Хошимина, Вьетнам
pangdongmei71@163.com

Нгуен Тхи Ким Кук,
магистр юридических наук, преподаватель кафедры
международного публичного права
Юридического университета Хошимина, Вьетнам
pangdongmei71@163.com

Him Huu Phuoc,
PhD, Head of the Department of Public International Law,
Secretary of the Council for Science and Training
of the Law University of Ho Chi Minh City, Vietnam
pangdongmei71@163.com

Nguyen Thi Kim Kook,
Master of Law, Lecturer at the
Department of Public International Law,
Ho Chi Minh City University of Law, Vietnam
pangdongmei71@163.com

© Нго Хуу Фуок, Нгуен Тхи Ким Кук, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.136-145

Аннотация. В статье анализируются, разъясняются теоретические и практические вопросы консультативной компетенции Международного Суда. Тем самым подчеркивается роль Международного Суда в обеспечении соблюдения и применения международного права с 1945 г. по настоящее время.

Ключевые слова: компетенция, юридическая консультация, Международный Суд, международное право.

Abstract. This article analyses, clarifies the theoretical and practical issues of the advisory capacity of the International Court of Justice. Thereby, highlighting the role of the International Court of Justice in the development compliance and enforcement of international law from 1945 to now.

Keywords: Jurisdiction, advisory opinion, International Court of Justice, international law.

Международный Суд¹ — один из шести главных органов Организации Объединенных Наций, помимо Генеральной Ассамблеи, Совета Безопасности, Экономического и Социального Совета (ЭКОСОС), Совета по опеке и Секретариата. За прошедшие годы — с 1945 г. по настоящее время — Международный Суд ООН принял и раз-

решил более 140 споров между странами по всему миру. Благодаря своему правовому положению в качестве главного судебного органа Организации Объединенных Наций Международный Суд правомочен предоставлять юридические консультации Генеральной Ассамблее, Совету Безопасности, другим органам ООН и специализированным

¹ Англ. International Court of Justice (ICJ), фр. Cour internationale de Justice (CIJ).

учреждениям Организации Объединенных Наций по запросу. С точки зрения науки, теории и практики, Международный Суд, обладая компетенцией по урегулированию международных споров и консультативной компетенцией, вносит важный вклад в развитие международной правовой системы на протяжении более чем 2/3 века своего становления, существования, развития.

Однако на практике эксперты, исследователи права в целом и международного права в частности часто впустую тратят свои инвестиции, многие исследования о компетенции по урегулированию международных споров кажутся «забытыми», это касается, в частности, консультативной компетенции Международного Суда.

Таким образом, цель этого исследования — прояснить теоретические, правовые и практические вопросы, касающиеся консультативных компетенций Международного Суда, такие как: законное основание; субъект, запрашивающий консультацию; предмет консультативного запроса; консультационные процедуры и консультативные заключения; необходимость различия между компетенцией по урегулированию споров и консультативной компетенцией.

По нашему мнению, это будет способствовать прояснению характера и особенно важной роли Международного Суда в развитии международной правовой системы.

1. Общие сведения

Правовая основа и правовой статут Международного Суда. Международный Суд был создан на основе Устава Организации Объединенных Наций в 1945 г. Международный Суд официально функционирует с 6 февраля 1946 г., заменив Постоянную палату международного правосудия² с 18 апреля 1946 г.

Согласно статье 92 Устава ООН Международный Суд является главным судебным органом

ООН, созданным и действующим в соответствии со своим собственным статутом. Статут Международного Суда — неотъемлемая часть Устава ООН³. В то же время Международный Суд является прямым международным судом, базирующимся⁴ во Дворце мира в Гааге⁵, Королевство Нидерландов. Тем не менее Международный Суд может проводить слушания за его пределами, если сочтет это необходимым после консультации со сторонами спора.

Организационная структура Международного Суда. Международный Суд состоит из 15 судей разных национальностей (не может иметь двух судей, которые являются гражданами одной страны)⁶. Кандидаты на избрание в Международный Суд в качестве судей рекомендуются государствами — членами Организации Объединенных Наций и избираются Генеральной Ассамблеей и Советом Безопасности большинством голосов (без учета голосов постоянных или непостоянных членов) сроком на 9 лет (могут быть переизбраны).

Судьи Международного Суда являются квалифицированными экспертами с высокой репутацией в области международного права, которые свободно говорят на английском и французском языках, двух рабочих языках Международного Суда. Распределение числа судей, избираемых в Международный Суд, основано на критериях представления основных цивилизованных форм и правовых систем мира⁷.

Судьи Международного Суда не могут занимать политические или административные должности и не могут заниматься другой профессиональной деятельностью. Судьи Международного Суда действуют независимо и от имени Международного Суда, а не от имени отдельных лиц и не от имени стран, гражданами которых они являются. При исполнении служебных обязанностей судьи Международного Суда пользуются привилегиями и иммунитетом, даже при временном проживании за границей и невозможности увольнения с

² Постоянная палата международного правосудия (Permanent Court of International Justice, PCIJ), предшественница Международного Суда, была учреждена Статутом Лиги Наций в 1922 г. Более подробную информацию о ППМП см.: International Court of Justice. URL: <http://www.icj-cij.org/en/pcij> [дата обращения: 09.08.2020].

³ Устав Организации Объединенных Наций от 24 октября 1945 г. Статья 92: «Международный Суд является главным судебным органом Организации Объединенных Наций. Он действует в соответствии с прилагаемым Статутом, который основан на Статуте Постоянной палаты международного правосудия и образует неотъемлемую часть настоящего Устава».

⁴ ICJ делит штаб-квартиру с Постоянной палатой третейского суда (Permanent Court of Arbitration), созданной в 1899 г. на первой мирной конференции в Гааге, когда конвенции 1899 и 1907 гг. были подписаны и вступили в силу.

⁵ Англ. The Hague; фр. La Haye.

⁶ Статут Международного Суда от 24 октября 1945 г. Статья 3.

⁷ Весь состав судей в целом должен обеспечить представительство главнейших форм цивилизации и основных правовых систем мира (Статут Международного Суда от 24 октября 1945 г. Статья 9. Соответственно, от Африки — 3 судей, от Азии — 3 судей, от Латинской Америки — 2 судей, от Западной Европы и других стран — 5 судей, от Восточной Европы — 2 судей.

должности. Если спор касается страны, в которой председатель является гражданином, то его заместитель занимает должность председателя, чтобы обеспечить объективность и беспристрастность в процессе разрешения споров.

У Международного Суда есть Секретариат, который помогает судьям в разрешении споров и проведении консультаций. Секретариат — постоянно действующий административный орган Международного Суда, специализирующийся на предоставлении судебных услуг, обеспечении связи между Международным Судом и другими странами, посредничестве между странами или между международными организациями и Международным Судом; Секретариат составляет протоколы заседаний ICC, подтверждает их подлинность, передает и сохраняет решения Международного Суда, публикует судебные решения, заключения при проведении юридических консультаций, информационные меморандумы, представленные сторонами спора в Международный Суд, а также документы, выданные Международным Судом в ходе выполнения его функций и обязанностей. В состав Секретариата входят Главный секретарь (эквивалент должности заместителя Генерального секретаря ООН), заместитель Генерального секретаря и сотрудники Секретариата.

Функции Международного Суда. В соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций и Статутом Международного Суда Международный Суд обладает двумя основными компетенциями по разрешению всех споров, возникающих между государствами⁸, если государства, являющиеся сторонами в споре, соглашаются принять компетенцию Международного Суда⁹ и имеется консультативная компетенция Генеральной Ассамблеи, Совета Безопасности, других учреждений Организации Объединенных Наций и специализированных учреждений Организации Объединенных Наций по запросу. Кроме того, в процессе разрешения споров ICJ также имеет право принимать временные срочные меры¹⁰.

Следует отметить, что государства — члены Организации Объединенных Наций автоматически становятся участниками Статута Международного Суда, потому что, как указывалось, согласно ст. 92 Устава Организации Объединенных Наций, «Статут Международного Суда является неотъемлемой частью Устава Организации Объединенных Наций». Следовательно, если страна уже является членом Организации Объединенных Наций, то, конечно, она должна соблюдать Устав Организации Объединенных Наций, включая Статут Международного Суда¹¹.

⁸ Статут Международного Суда от 24 октября 1945 г. Статья 1.

⁹ Устав Организации Объединенных Наций от 24 октября 1945 г. Статья 96. Согласие признать компетенцию Международного Суда в отношении всех спорящих сторон является единственным правовым основанием для определения Международным Судом своей компетенции в отношении конкретного спора. В соответствии с пунктами 1—5 статьи 36 Регламента Международного Суда государства, в которых возникает спор, могут выразить свое согласие следующими тремя способами: (i) признать полномочия Международного Суда, заключив международный договор, требующий компетенции Суда (см. список международных договоров с таким содержанием: International Court of justice URL: <http://www.icj-cij.org/en/treaties> (дата обращения: 17.08.2020)); (ii) государства могут в любое время сделать заявление о признании компетенции Суда. Страны могут принять без ограничений, безоговорочно или могут согласиться при условии, что одна или несколько определенных стран также примут его, или с ограничением содержания, государства, срока спора. В настоящее время 73 страны (в Юго-Восточной Азии это Камбоджа, Филиппины и Восточный Тимор) сделали заявления, признающие компетенцию Международного Суда (см. список заявленных стран: ICJ : International Court of Justice. URL: <http://www.icj-cij.org/en/declarations> (дата обращения: 19.08.2020)); (iii) государства подписывают специальное соглашение о признании полномочий Международного Суда в отношении конкретного спора после его возникновения. Кроме того, в некоторых особых случаях согласие Международного Суда на признание компетенции также может быть дано после того, как одна сторона объявила судебный иск, принятый другой стороной, в случае *forum prorogatum* (см. определение *forum prorogatum*: uslegal.com. URL: <https://definitions.uslegal.com/p/prorogated-jurisdiction/> (дата обращения: 21.08.2020)).

¹⁰ Компетенция Международного Суда по принятию временных мер изложена в статье 41 Регламента Международного Суда. Соответственно, Международный Суд имеет право вводить любые временные срочные меры для защиты прав любой стороны в споре, если того требуют обстоятельства. Все спорящие стороны имеют право просить суд принять срочные меры. Для того чтобы иметь возможность предписать временные чрезвычайные меры, должны быть соблюдены следующие условия: Суд обладает компетенцией *prima facie* в отношении дела, если требование введения временных срочных мер по крайней мере правдоподобно (*at least plausible*); существует связь между этим правом и конкретными временными мерами, которые должны быть приняты; существует реальный риск причинения непоправимого вреда праву запрашивающей стороны (*risk of irreparable prejudice*) и аварийные ситуации (*urgency*).

¹¹ Венская конвенция о праве международных договоров от 27 января 1980 г. (Вьетнам стал ее участником в 2001 г.) устанавливает, что для целей настоящей Конвенции «Договор» означает международное соглашение, заклю-

Однако страна, которая не является членом Организации Объединенных Наций, не участвует в Статуте Международного Суда, также может стать участником судебного процесса в Международном Суде на условиях, определенных Советом Безопасности ООН в Резолюции от 15 октября 1946 г. Соответственно, эти страны должны официально заявить о своем согласии с решениями Международного Суда в целом или по каждому конкретному спору. Фактически Швейцарская Конфедерация заявила о признании компетенций Международного Суда в 1948 г., прежде чем Швейцария присоединилась к Организации Объединенных Наций 10 сентября 2002 г. Также Княжество Лихтенштейн заявило о признании компетенций Международного Суда в 1950 г., прежде чем присоединилось к Организации Объединенных Наций 18 сентября 1990 г., Республика Сан-Марино заявила о признании компетенций Международного Суда в 1954 г., прежде чем присоединилась к Организации Объединенных Наций 2 марта 1992 г.

2. Правовая основа, субъект и предмет консультативного запроса

Правовая основа консультационных компетенций Международного Суда. Консультативная компетенция Международного Суда определена в главе XIV статьи 96 Устава Организации Объединенных

Наций и конкретизирована в главе IV (статьи 65—68) Статута Международного Суда в 1945 г., пункт 1 статьи 9, пункты 1 b, 1h, 1i статьи 26 и статьи 102—109 части IV Регламента Международного Суда — в 1978 г. В раздел 1 части XII Практического руководства от 20 января 2009 г. внесены изменения и дополнения 21 марта 2013 г. По сути, консультационная деятельность Международного Суда является важной процедурой для ответа и разъяснения юридических вопросов, организации имеют право запрашивать консультации при осуществлении своих компетенций¹².

Международная юридическая консультация — это особая и исключительная юрисдикция постоянных судов (Международного Суда и МТМП — Международного трибунала по морскому праву, учрежденного в соответствии с Приложением VI к Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву 1982 г.). Арбитражные суды не обладают такими компетенциями.

Субъект консультативного запроса. В соответствии со статьей 96 Устава Организации Объединенных Наций¹³, в число субъектов, имеющих право запрашивать консультацию в Международном Суде, входят: органы Организации Объединенных Наций — Генеральная Ассамблея, Совет Безопасности, Экономический и Социальный Совет, Совет по опеке¹⁴, Секретариат и 16 специализированных учреждений ООН¹⁵. Однако Совет по опеке прекратил работу после того, как Республика Палау, входящая в подопечную

ченное между государствами в письменной форме и регулируемое международным правом, независимо от того, содержится ли такое соглашение в одном документе, в двух или нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования.

¹² International Court of Justice. URL: <http://www.icj-cij.org/en/advisory-jurisdiction> (дата обращения: 25.08.2020).

¹³ Устав Организации Объединенных Наций от 24 октября 1945 г. Статья 96: «1. Генеральная Ассамблея или Совет Безопасности могут запрашивать от Международного Суда консультативные заключения по любому юридическому вопросу. 2. Другие органы Организации Объединенных Наций и специализированные учреждения, которым Генеральная Ассамблея может дать в любое время разрешение на это, также могут запрашивать консультативные заключения Суда по юридическим вопросам, возникающим в пределах их круга деятельности».

¹⁴ Совет по опеке ООН (англ. United Nations Trusteeship Council, фр. Le Conseil de tutelle des Nations unies) раньше был одним из основных органов Организации Объединенных Наций, создан для обеспечения управления подопечными территориями в интересах их жителей, а также в интересах международного мира и безопасности. Эти подопечные территории (большинство из них были бывшими территориями под мандатом Лиги Наций или территориями, отделенными от побежденных стран во Второй мировой войне) теперь получили независимость или автономию. Они либо становятся отдельными государствами, либо сливаются с соседними независимыми государствами.

¹⁵ В Организации Объединенных Наций 16 специализированных органов, в том числе: ВОЗ — Всемирная организация здравоохранения (World Health Organization, WHO); ФАО — Продовольственная и сельскохозяйственная организация (Food and Agriculture Organization, FAO); МАГАТЭ — Международное агентство по атомной энергии (International Atomic Energy Agency, IAEA); ИКАО — Международная организация гражданской авиации (International Civil Aviation Organization, ICAO); МФСР — Международный фонд сельскохозяйственного развития (International Fund for Agricultural Development, IFAD); МОТ — Международная организация труда (International Labour Organization, ILO); ИМО — Международная морская организация (International Maritime Organization, IMO); МСЭ — Международный союз электросвязи (International Telecommunication Union, ITU); ЮНЕСКО — Организация Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (United Nations Education, Scientific, & Cultural Organization, UNESCO); ЮНИДО — Организация Объединенных Наций по промышленному развитию (United Nations Industrial Development Organization, UNIDO); ВПС — Всемирный почтовый союз (Universal Postal

территорию Тихоокеанских островов, стала членом Организации Объединенных Наций в декабре 1994 г.

Таким образом, в настоящее время фактически в Организации Объединенных Наций всего пять органов: Генеральная Ассамблея, Совет Безопасности, Экономический и Социальный Совет, Секретариат и Международный Суд. Согласно статье 96 Устава ООН государства не имеют права запрашивать консультации Международного Суда. После того как Декларация о независимости Косова от 17 февраля 2008 г. провозгласила независимость Косова, Республика Сербия выразила протест и обратилась в Генеральную Ассамблею Организации Объединенных Наций. 8 октября 2008 г. Генеральная Ассамблея ООН обратилась в Международный Суд с просьбой дать консультативное заключение о законности провозглашения независимости Косово. 22 июля 2010 г. Международный Суд вынес консультативное заключение¹⁶ о том, что независимая Декларация Косова не нарушает общих принципов международного права и не нарушает Резолюцию 1244 ООН¹⁷, которая не определяла конечное состояние Косова. Этот случай показывает, что, если государство хочет получить консультацию в Международном Суде, оно должно направить запрос в Генеральную Ассамблею.

Предмет консультативного запроса. Согласно положениям Устава Организации Объединенных Наций и Статута Международного Суда, вопросы, для решения которых органы ООН или организации могут запрашивать консультации в Международном Суде, должны иметь правовой характер, они должны быть изложены с использованием юридической терминологии, связанной с международным правом. При этом ответы на консультационные вопросы также должны основываться на нормах международного права.

Однако, если Генеральная Ассамблея и Совет Безопасности имеют право запросить консультацию в Международном Суде по «любому юриди-

ческому вопросу», то консультационный запрос Экономического и Социального Совета, Секретариата ООН и других специализированных учреждений Организации Объединенных Наций должен соответствовать двум предварительным требованиям:

(I) должен быть сделан по соглашению с Генеральной Ассамблеей и

(II) входить в сферу деятельности такого органа или организации, потому что этим органам и организациям требуется консультация Международного Суда, чтобы лучше и точнее понять проблемы, с которыми эти органы и организации сталкиваются в связи с трудностями и проблемами в юридической сфере.

Международный Суд может отказать в предоставлении консультации, если есть веские причины полагать, что орган или организация не имеют права запрашивать у Международного Суда рекомендации или что запрос на консультацию не соответствует операционной компетенции запрашивающего органа или организации. В 1996 г. Всемирная организация здравоохранения (ВОЗ) обратилась в Международный Суд с просьбой дать консультацию по вопросу, касающемуся «законности применения ядерного оружия в вооруженном конфликте».

Однако Международная комиссия юристов (МКЮ) отказалась дать консультацию на том основании, что этот вопрос не входил «в сферу деятельности» ВОЗ, как это предусмотрено в пункте 2 статьи 96 Устава Организации Объединенных Наций¹⁸.

Таким образом, в соответствии со статьей 96 Устава Организации Объединенных Наций Международный Суд согласится дать консультацию, если соблюдены два предварительных условия:

- такой орган или организация имеет право запрашивать консультации в Международном Суде;
- консультационный вопрос должен носить правовой характер.

Union, UPU); ВБ — Всемирный банк (World Bank, WB); ВОИС — Всемирная организация интеллектуальной собственности (World Intellectual Properties Organization, WIPO); ВМО — Всемирная метеорологическая организация (World Meteorological Organization, WMO); ЮНВТО — Всемирная туристская организация ООН (United Nations World Tourism Organization, UNWTO); МВФ — Международный валютный фонд (International Monetary Fund, IMF). Кроме того, у Организации Объединенных Наций есть много других важных агентств, программ, организаций и должностей, таких как: ЮНИСЕФ — Детский фонд Организации Объединенных Наций (United Nations Children's Fund, UNICEF); УВКБ ООН — Верховный комиссар Организации Объединенных Наций по делам беженцев (United Nations High Commissioner for Refugees, UNHCR); ПРООН — Программа развития Организации Объединенных Наций (United Nations Development Programme, UNDP).

¹⁶ Полный текст этого консультативного заключения см.: International Court of justice. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/141/141-20100722-ADV-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 01.09.2020).

¹⁷ Полный текст Резолюции 1244 от 10 июня 1999 г. см.: URL: <https://digitallibrary.un.org/record/274488?ln=en> (дата обращения: 05.09.2020). Согласно Резолюции 1244 Косово имело автономию в составе Конфедерации Югославии, правопреемницей которой была Республика Сербия.

¹⁸ См.: Дело Западной Сахары // ICJ Court Advice 1975, параграфы 32—33. International Court of justice URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/61/061-19751016-ADV-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 10.09.2020).

3. Процедуры консультаций Международного Суда

Основываясь на правовой основе, указанной в статьях 65—68 Статута Международного Суда, и консультационной практике Международного Суда с 1948 г. по настоящее время, мы можем утверждать, что Международный Суд осуществляет консультативную компетенцию в соответствии со следующими тремя этапами.

Этап 1. Направление запрашивающими органами или организациями в ICJ запросов и документов, связанных с консультационными вопросами. В соответствии с положениями пункта 2 статьи 65 Статута Международного Суда запрашивающие органы или организации должны направлять в Международный Суд в письменном виде вопросы и документы, связанные с консультационными вопросами.

Например, в 1975 г. Генеральная Ассамблея попросила Международный Суд консультировать по вопросам, связанным с правовым статутом территории Западной Сахары. Документы, записи, которые Генеральная Ассамблея направила в Международный Суд, включали: письмо Генерального секретаря Организации Объединенных Наций председателю Международного Суда; Резолюцию № 3292 (XXIX) Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 13 декабря 1974 г. При этом требовалось, чтобы Международный Суд дал рекомендации по вопросу: «Была ли Западная Сахара (Рио-де-Оро и Саки и аль-Хамра) во времена испанской колонии заброшенной территорией (*terra nullius*)?».

Этап 2. Информирование страны и заинтересованных организаций и сбор документов, связанных с консультативным запросом (процедура записи). В соответствии со статьей 66 Статута Международного Суда при получении запроса секретарь Суда немедленно сообщает о заявлении, содержащем просьбу о консультативном заключении, всем государствам, имеющим право доступа к Суду.

Кроме того, секретарь Суда путем особого и непосредственного уведомления сообщает любому имеющему доступ к Суду государству, а также любой международной организации, которые могут, по мнению Суда (или его председателя, если Суд не заседает), с просьбой представить сведения по данному вопросу. Суд готов принять в течение устанавливаемого председателем срока относящиеся к вопросу письменные доклады или же заслушать такие же устные доклады на открытом заседании, назначаемом с этой целью. Если

государство, имеющее право доступа к Суду, не получит особого уведомления, то оно может выразить желание представить письменный доклад или быть выслушанным; Суд принимает решение по этому вопросу.

Государства и организации, которые представили письменные или устные доклады, или и те и другие, допускаются к обсуждению докладов, сделанных другими государствами или организациями, в формах, пределах и в сроки, устанавливаемые в каждом отдельном случае Судом или, если он не заседает, председателем Суда. Для этой цели секретарь Суда информирует о всех таких письменных докладах государства и организации, которые сами представили подобные доклады¹⁹. Например, в ходе консультации относительно статута территории Западной Сахары в 1975 г., после того как секретарь Международного Суда объявил об этом, Международный Суд получил письмо от министра иностранных дел и министра юстиции Французской Республики; письмо заместителя министра иностранных дел, отвечающего за иностранные дела Панамы; письмо министра иностранных дел Никарагуа; письмо посла Чили в Нидерландах... и многие другие дипломатические документы, в том числе декларацию правительства Испании, поскольку страна имела прямое отношение к правовому статусу территории Западной Сахары²⁰.

Этап 3. Вынесение консультативных заключений. В соответствии со статьей 67 Регламента Международного Суда Суд выносит свои консультативные заключения в открытом заседании, о чем предупреждаются Генеральный секретарь и представители непосредственно заинтересованных членов Организации Объединенных Наций, других государств и международных организаций. Это заседание будет проходить в штаб-квартире Международного Суда под председательством председателя Международного Суда.

Содержание заключений. При подготовке консультативных заключений проходят такие процессы консультирования, как утверждение, анализ, оценка, комментирование содержания документов, записей, документов, заявлений органов, национальных и международных организаций, занимающихся консультационными вопросами. Международный Суд цитирует и анализирует положения международного права и решения, относящиеся к делу, запрос на получение консультации для уточнения содержания консультации.

Что касается формы, то в консультативных заключениях четко излагаются взгляды, аргументы, общие мнения Международного Суда, а также взгляды, аргументы и собственные мнения судей, участвовавших в процессе консультаций.

¹⁹ Статут Международного Суда от 24 октября 1945 г. Статья 66, пункты 2—4.

²⁰ Дополнительные сведения об этих документах см.: International Court of Justice. URL: <https://www.icj-cij.org/en/case/61> (дата обращения: 15.09.2020).

4. Различия между консультативной компетенцией и компетенцией по урегулированию споров Международного Суда

Как было проанализировано выше, у Международного Суда есть две основные компетенции, а именно компетенция по урегулированию споров между государствами и консультативная компетенция. Однако эти две компетенции Международного Суда имеют следующие различия:

- (i) *в части правовой основы*. Если компетенция по урегулированию споров Международного Суда предусмотрена в статье 36, то консультативная компетенция предусмотрена статьей 65 Статута Международного Суда;
- (ii) *в части запрашивающего субъекта разрешения спора и консультации*. Если государства, являющиеся сторонами спора, могут запросить Международный Суд разрешить спор, то субъект, включая Генеральную Ассамблею, Совет Безопасности (по всем правовым вопросам), другие учреждения ООН и специализированные учреждения ООН (по правовым вопросам, относящимся к сфере их соответствующих функций и деятельности и с разрешением Генеральной Ассамблеи по соглашению с ООН), имеет право запросить Международный Суд для получения консультации;
- (iii) *в части цели разрешения споров и консультаций*. Разрешение споров должно помочь сторонам урегулировать конфликты и споры, тем самым защищая законные права и интересы спорящих сторон. Консультирование направлено на разъяснение конкретных положений международного права, помощь запрашивающим органам, организациям и другим субъектам международного права, чтобы дать возможность лучше понять и более правильно применять национальное законодательство, в том числе при решении практических вопросов;
- (iv) *в части процедур урегулирования споров и консультаций*. Разрешение споров осуществляется в судебном порядке, в течение длительного времени в судебных заседаниях; консультации проводятся в административном, профессиональном процессе, более быстро и просто в виде встреч;
- (v) *в части результатов и юридической силы разрешения споров и консультаций*. Результатом разрешения спора является окончательное решение, которое вынуждает стороны спора соблюдать и выполнять установленное. Результатом консультации является консультативное

заключение, не имеющее юридической силы, от субъекта не требуется его соблюдать и выполнять.

В некоторых случаях, однако, нелегко провести четкую грань между этими двумя компетенциями Международного Суда. Особенно, когда органы или организации имеют право запрашивать у Международного Суда совет по юридическим вопросам, связанным с конкретным спором, возникающим между государствами или другими субъектами международного права. В этом случае, если одна из сторон спора запрашивает и Международный Суд дает консультативный совет, возможно, что другая сторона спора будет возражать против результатов этой консультации. Поскольку, если спор не был разрешен сторонами, Международный Суд вынесет консультативное заключение, и если консультативное заключение защищает или поддерживает мнение одной из спорящих сторон, то автоматически получается, что Международный Суд разрешил этот спор.

С другой стороны, если это так, эквивалентно ли осуществление Международным Судом консультативных полномочий тому факту, что Международный Суд «установил свои собственные полномочия» или «предоставил себе» полномочия разрешать спор без соглашения участвующих сторон. Хотя консультативное заключение Международного Суда не имеет юридической силы, обязывающей стороны спора соблюдать его, оно способствует защите взглядов, прав и интересов одной из сторон спора.

Это проблема, которая возникла на практике, особенно важна и чувствительна в международно-правовом аспекте, потому что, согласно положениям Устава Организации Объединенных Наций и Статута Международного Суда, Международный Суд не имеет очевидных полномочий разрешать споры и консультировать, если этого не требуют страны и агентства или организации, определенные в статье 96 Устава Организации Объединенных Наций.

Это было продемонстрировано в консультативном заключении Международного Суда о «законности строительства стены на палестинской оккупированной территории в 2004 году»²¹ по запросу Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций. В консультативном заключении по этому делу Международный Суд заявил, что он имеет право давать консультативные заключения по вопросу, заданному Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций. Однако это решение Международного Суда вызвало резкую реакцию Израиля, поскольку в нем говорилось, что содержание вопроса, поднятого Генеральной Ассамблеей, связано со спором между Израилем

²¹ International Court of justice. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 17.09.2020).

и Палестиной. Однако Израиль не признает компетенцию по урегулированию споров Международного Суда.

С другой стороны, с точки зрения Израиля, содержание основного вопроса консультации связано со многими спорами и конфликтами между Израилем и Палестиной, такими как терроризм, безопасность, границы, поселения, города, статус Иерусалима... Чтобы защитить и поддержать свою точку зрения, Израиль привел аргумент, основанный на конкретных делах, с которыми в 1923 г. проводились консультации Постоянной палатой международного правосудия по Статуту Восточной Карелии. Соответственно, ППМП отказалась дать совет, потому что вопрос «имеет прямое отношение к сути спора между Финляндией и Россией и может быть решен только путем исследования доказательств, связанных с этим делом. Ответ на этот вопрос будет, по существу, эквивалентен разрешению споров между сторонами», и Суд может ответить на этот вопрос, если Россия согласится сотрудничать для сбора доказательств для Суда. Однако Международный Суд отверг этот аргумент Израиля и привел доказательства, с которыми Суд консультировался при толковании Мирного договора между Болгарией, Венгрией и Румынией в 1950 г., и дело Западной Сахары в 1975 г.

Соответственно, Международный Суд считает, что консультативное заключение не является таким обязательным, как решение об урегулировании спора; консультативное заключение дается не странам, а компетентным органам и организациям для ориентации своей деятельности в соответствии с их компетенцией. Юридический спор, поднятый в этом вопросе, возникает в ходе работы Генеральной Ассамблеи и касается вопросов, которыми занимается Генеральная Ассамблея, не является чисто независимым в двусторонних отношениях между двумя странами.

Тем не менее Международный Суд также отметил, что он может отказать в предоставлении рекомендаций, если соответствующая страна не согласна с рассмотрением Международного Суда, что привело к даче рекомендаций, противоречащих судебной природе Международного Суда и его роли. Суд является главным судебным органом Организации Объединенных Наций в соответствии со статьей 92 Устава. Но возможны консультации, противоречащие судебному характеру Международного Суда и его роли как главного судебного органа Организации Объединенных Наций в соответствии со статьей 92 Устава.

Когда обстоятельства дела указывают на то, что консультация окажет соответствующее влияние, нарушают принцип, согласно которому стра-

на не обязана передавать свой спор в трибунал без согласия этой страны. Итак, если Международный Суд отказывается высказать свое мнение, то отказ основан не на том, что у Международного Суда нет такой компетенции, а на рациональности юридического дела. Этот пункт Международного Суда подтвержден в рекомендации Международного Суда по делу «Законность провозглашения односторонней независимости Косово» в 2010 г.²²

Как указывалось ранее, в истории развития Международного Суда с 1945 г. по настоящее время Суд однажды отказался проконсультировать ВОЗ по вопросу «законности использования ядерного оружия в вооруженных конфликтах» на том основании, что это не входит в сферу деятельности ВОЗ, а не потому, что у Международного Суда нет компетенции для консультации по этому вопросу.

В консультативном заключении Международного Суда по «Делу о стене» Международный Суд также четко и прямо сделал вывод о том, что строительство Израилем стены на оккупированной палестинской территории противоречит международному праву, это означает, что нарушения должны быть немедленно прекращены, а любой причиненный ущерб возмещен. Международный Суд указал, что консультативное заключение не имеет обязательной силы в вопросе о том, кто прав, а кто виноват в более широком аспекте спора. Следовательно, если утверждается, что предоставление совета косвенно или прямо определит, какая сторона права в споре или в том или ином аспекте спора, это не будет достаточно убедительным. Это приводит к тому, что ICJ отказывается давать советы.

Таким образом, граница между консультативной компетенцией и компетенцией по урегулированию споров Международного Суда существует, но она не всегда четкая. Консультационный вопрос может относиться к межгосударственным спорам, а также может относиться к определению того, какая сторона права, а какая нет в соответствии с международным правом. Как только ICJ определяет, что ICJ имеет полномочия, такой вопрос может быть отклонен только при наличии уважительной причины, в частности, если дача рекомендаций противоречит судебному характеру или рациональности юридического дела.

Из юридического дела и консультаций Международного Суда видно, что вряд ли есть веская причина для отказа, если Международный Суд определил компетентность. Однако это не означает, что применение консультационных процедур для выяснения определенного юридического аспекта спора между государствами всегда возможно. Подход и аргументы МКЮ в юридических

²² International Court of Justice. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/141/141-20100722-ADV-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 01.09.2020).

делах имеют определенную правоподобность. Но на самом деле консультативное заключение о том, что страна, участвующая в споре, нарушает международные обязательства, могло нарушить принцип согласия сторон на установление юрисдикции Международного Суда по разрешению споров. В «Деле стены» стало ясно, что Международный Суд пришел к выводу о разрешении юридического аспекта спора между Израилем и Палестиной²³.

5. Юридическая сила консультативного заключения

Хотя рекомендации Международного Суда не столь обязательны, как постановления об урегулировании межгосударственных споров, они по-прежнему имеют особо важное практическое значение, а также способствуют развитию международного права.

Чтобы прийти к консультативному заключению, Международный Суд должен проанализировать мнения стран, международных органов и организаций, документы, которые связанные стороны отправляют в Международный Суд. А Международный Суд должен цитировать, анализировать, оценивать, комментировать нормы международного права. В то же время Международный Суд связан с решениями, по которым ICJ ранее разрешал спор на практике, чтобы прийти к консультативному заключению, которое убедит заинтересованные стороны.

Таким образом, консультативные заключения Международного Суда представляют собой краткое изложение, оценку, краткий анализ, чтобы соответствующие международные органы, организации и страны понимали и применяли международное право более эффективно. Благодаря этому возрастет соблюдение международных законов субъектами международного права, тем самым уменьшатся конфликты и споры, что будет

способствовать защите и поддержанию международного мира и безопасности.

Можно перечислить некоторые выводы консультаций Международного Суда, которые во многом способствовали развитию, применению, соблюдению и обеспечению соблюдения международного права субъектами международного права, содержащиеся в следующих консультативных заключениях:

- по разъяснению условий вступления стран в Организацию Объединенных Наций в соответствии с положениями статьи 4 Устава Организации Объединенных Наций 1948 г.;
- об ответственности за восстановление ущерба, нанесенного учреждениями ООН в 1949 г.;
- по толкованию мирных договоров между Болгарией, Венгрией и Румынией в 1950 г.;
- о компетенциях Генеральной Ассамблеи над вступлением государства в Организацию Объединенных Наций в 1950 г.;
- о правовом статусе национальной территории в споре между Западной и Южной Африкой в 1950 г.;
- о правовых последствиях оговорки к некоторым положениям Конвенции о предупреждении преступления геноцида;
- о законности угрозы ядерным оружием или его применения в 1996 г.;
- о правовых последствиях строительства Израилем стены на территории Палестины в 2004 г.;
- о законности одностороннего провозглашения независимости Косово в 2010 г.;
- о привилегиях и иммунитетах в международном праве, а именно Конвенция об иммунитетах и привилегиях 1989 г.

По состоянию на октябрь 2020 г. ICJ проведены консультации по 24 делам, запрошенным органами и организациями. При этом Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций направила 16 запросов²⁴; Совет Безопасности

²³ См.: Нгуен Хоанг Са. Консультативная компетенция Международного Суда в отношении спора в Южно-Китайском море : Уроки практики разрешения споров на островах Чагос // *dự Án Định Kỳ Biển Đông*. URL: <https://dskbd.org/2017/10/14/working-paper-chuc-nang-tu-van-cua-toa-an-cong-ly-quoc-te-cho-tranh-chap-bien-dong-bai-hoc-tu-thuc-tien-tranh-chap-chu-quyen-quan-dao-chagos/> (дата обращения: 10.10.2020).

²⁴ Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций обратилась к Международному Суду с просьбой дать совет по 16 следующим вопросам: условия вступления стран в Организацию Объединенных Наций в соответствии со статьей 4 Устава Организации Объединенных Наций; возмещение ущерба учреждениям Организации Объединенных Наций; толкование мирных договоров между Болгарией, Венгрией и Румынией; юрисдикция Генеральной Ассамблеи над страной, присоединяющейся к Организации Объединенных Наций; международно-правовые нормы Запада — ЮАР; оставление за собой Конвенции о предупреждении преступлений геноцида; эффект судебного решения Административного суда Организации Объединенных Наций о возмещении ущерба; процедура голосования распространяется на вопросы отчетности и рекомендаций на территории Запада — ЮАР; возможность принять жалобу Комиссией Запада — ЮАР; расходы Организации Объединенных Наций, предусмотренные в пункте 2 статьи 17 Устава; Западная Сахара; применение обязательной процедуры арбитража в соответствии с частью 21 Соглашения от 26 июня 1947 г., касающегося главного штаба Организации Объединенных Наций; законность угрозы ядерным оружием или его применения; правовые последствия возведения стен на территории Палестины; одностороннее провозглашение независимости Косова и правовые последствия отделения островов Чагос от Маврикия в 1965 г.

ООН — 1 запрос²⁵; Экономический и Социальный Совет — 2 запроса²⁶; Организация Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры — 1 запрос²⁷; Всемирная организация

здравоохранения — 2 запроса²⁸; Международный фонд сельскохозяйственного развития — 1 запрос²⁹ и Международная морская организация — 1 запрос³⁰.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Nguyễn. H. S. Thảm quyền Tư Vấn của Tòa Án Công Lý Quốc Tế cho Tranh Chấp Biển Đông — Bài Học từ Thực Tiễn Tranh Chấp Chủ Quyền Quần Đảo Chagos // Dự Án Đại Sự Ký Biển Đông.* — URL: <https://dskbd.org/2017/10/14/working-paper-chuc-nang-tu-van-cua-toa-an-cong-ly-quoc-te-cho-tranh-chap-bien-dong-bai-hoc-tu-thuc-tien-tranh-chap-chu-quyen-quan-dao-chagos/> (дата обращения: 10.10.2020).
2. *Western Sahara: Advisory Opinion // International Court of Justice. System requirements: Adobe Acrobat Reader.* — URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/61/061-19751016-ADV-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 10.08.2020).
3. *Western Sahara: Overview of the case // International Court of Justice. System requirements: Adobe Acrobat Reader.* — URL: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/61/9466.pdf> (дата обращения: 15.09.2020).

²⁵ У Совета Безопасности Организации Объединенных Наций был 1 запрос о рекомендации Международного Суда о Правовых последствиях продолжающегося присутствия стран в Южной Намибии (юго-запад Африки), несмотря на Резолюцию Совета Безопасности № 276 (1970).

²⁶ У Экономического и Социального Совета был 1 запрос о консультации с Международным Судом в случае применения части 22 статьи VI Конвенции о привилегиях и иммунитетах Организации Объединенных Наций и в случае спора, связанного с иммунитетами специального докладчика у Комиссии по правам человека.

²⁷ У ЮНЕСКО был 01 запрос о консультации с Международным Судом в случае, Решение Административного суда МОТ против ЮНЕСКО.

²⁸ У ВОЗ было 3 запроса о консультации с Международным Судом, связанного с соглашением от 25 марта 1951 г. между ВОЗ и Египтом; о законности использования государствами ядерного оружия в вооруженном конфликте (этот запрос был отклонен Международным Судом).

²⁹ ФАО обратился к Суд с просьбой проконсультироваться по поводу решения 2887 Административного суда МОТ, когда жалоба была подана против ФАО.

³⁰ У ИМО был 1 запрос о консультации с Международным Судом по поводу состава Комитета по безопасности на море международных морских консультативных организаций.

Экологическое право

Китайское экологическое чудо China's environmental miracle

Д. В. Спиридонов,
кандидат юридических наук,
доцент кафедры экологического и природоресурсного права
Московского государственного юридического университета
имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Россия
dvspiridonov@msal.ru

D. V. Spiridonov,
Cand. Sci. (Law),
Associate Professor of the Department of Environmental and Natural Resource Law,
Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Russia
dvspiridonov@msal.ru

© Д. В. Спиридонов, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.146-150

Аннотация. Данная работа посвящена анализу большого прорыва Китая в сфере охраны окружающей среды. За последние годы страна сделала колоссальные усилия, чтобы способствовать снижению антропогенного фактора на экологию: стала передовым производителем расходных материалов в сфере «зеленой» энергетики, включила экологию в план стратегического развития, скорректировала налоговую систему, что позволило в итоге добиться грандиозных результатов и считать эти масштабные преобразование настоящим чудом, заслуживающим внимания в аспекте перенимания опыта.

Ключевые слова: Китай, экология, «зеленая энергетика», снижение выбросов, эмиссия CO₂, загрязнение воздуха, ВИЭ, энергетический переход, загрязнение окружающей среды.

Abstract. The article is devoted to the analysis of China's great breakthrough in the field of environmental protection. In recent years, the country has made enormous efforts to help reduce the anthropogenic impact on the environment: it has become an advanced manufacturer of consumables in the field of "green" energy, has included the environment in the strategic development plan, adjusted the tax system, which has allowed us to achieve great results and consider these large-scale transformations a real miracle, worthy of attention in the aspect of learning from experience.

Keywords: China, ecology, green energy, emission reduction, CO₂ emissions, air pollution, renewable energy sources, energy transition, environmental pollution.

Сегодня Китайская Народная Республика выступает самым большим производителем товаров во всем мире, производственной площадкой для стран Европы, которые предпочли перенести свои фабрики и заводы туда ввиду экономической выгоды, в том числе чтобы снизить экологическую нагрузку на свои страны.

Из-за постоянного использования своих производственных мощностей Китай выступает

крупнейшим загрязнителем окружающей среды в мире. Ученые отмечают, что КНР лидирует по выбросам диоксида серы в атмосферу, способствует загрязнению рек, морей, подземных вод, опустыниванию и росту болезней в мире, вызванных неблагоприятной окружающей средой¹. Несмотря на то, что в стране проживает лишь 18 % мирового населения, страна потребляет 28 % всего топлива на планете².

¹ Ван Шивэй, Ясовеев М. Г. Экологическая политика Китая // Экологический вестник. 2016. № 1 (35). С. 15—19.

² Деньги из воздуха: как Китай развивает «зеленую» энергетику // URL: <https://nangs.org/news/renewables/denygi-iz-vozduha-kak-kitay-razvivaet-zelenuyu-energetiku> (дата обращения: 15.04.2021).

Долгие годы КНР рассматривали как «экономическое чудо», так как из отсталой страны третьего мира он в рекордно короткие сроки превратился в успешную, экономически развитую страну. Стремительное развитие Китая за последние три десятилетия вывело сотни миллионов людей из нищеты и привело страну в ряды крупнейших экономик мира. Но данное развитие требует нескончаемых источников энергии.

В течение следующих нескольких десятилетий по мере того, как экономика Китая продолжат расти, а темпы урбанизации ускоряются, страна должна не только обеспечить достаточное и надежное энергоснабжение, но и смягчить воздействие такого роста на окружающую среду.

В последнее время Китай стремится удивить мировую общественность еще больше, так как, несмотря на активную нагрузку на экологию из-за непрекращающегося производства различных товаров, страна делает все возможное, чтобы эту нагрузку снизить.

Китай настолько серьезно сделал рывок в использовании альтернативных источников энергии, что в настоящее время можно с уверенностью сказать, что на наших глазах происходит новое, уже «экологическое чудо».

В контексте стратегического развития Китая сокращением выбросов в атмосферу отводится значимая роль. Так, в своем интервью Председатель КНР Си Цзиньпин предполагает максимальное снижение выбросов CO₂ до 2030 г., а к 2060 г. достичь углеродной нейтральности³. Правительство страны также анонсировало сокращение вредных выбросов, отказ от угля в пользу газа и другие важные меры.

Китай строит свои стратегические планы в соответствии с разрабатываемыми пятилетками развития страны. Впервые об экологии правительство страны заговорило еще в 2006 г., с тех пор каждые пять лет Китай ставил все более масштабные планы по снижению антропогенной нагрузки на экологию.

В 2016 г. он ратифицировал Парижское соглашение⁴, по которому страны-участницы обязуются ввести регулирующие меры для снижения содержания углекислого газа в атмосфере.

Можно выделить следующие шаги, предпринимаемые страной в рамках «зеленой» экологической стратегии⁵:

1. Снижение количества потребляемого угля. Китай предпринял шаги по демонтажу старых электростанций, работающих на сжигании угля, снижению общего уровня выбросов и снижению уровня выбросов твердых частиц в частности. Огромный прогресс был достигнут в области качества воздуха, и теперь в крупнейших городах Китая стало меньше дней смога.

При этом Китай не отказался от использования угля как такового. Например, в 2016—2017 гг. введены в эксплуатацию две угольные ТЭС в пригородах Пекина. Принципиальное отличие от ранее действовавших ТЭС в том, что они построены в соответствии с новыми китайскими экологическими стандартами, которые ужесточают требования по выбросам оксидов азота, оксидов серы и золы. Например, по золе предельная концентрация сократилась более чем в 300 раз, тем самым стандарты стали более жесткие, чем в странах Европейского Союза⁶.

2. Совершенствование администрирования в области охраны окружающей среды. Благодаря реформированию создан новый аппарат по надзору и контролю в сфере охраны и защиты окружающей среды — Министерство экологии и окружающей среды. Новое Министерство будет контролировать всю политику, связанную с водными ресурсами, — от управления океанскими ресурсами до подземных вод. Раньше они были разбросаны по разным отделам. Министерство также отвечает за политику в области изменения климата⁷.

Интересным нововведением является то, что прямо на официальном сайте Министерства экологии и окружающей среды в режиме реального времени публикуются отчеты о загрязненности воздуха в выбранном городе (см. рисунок).

Подобная политика позволяет простым людям видеть и контролировать уровень загрязнений.

3. Финансирование более «зеленого» будущего. Так как строительство новых экологических проектов требует дополнительного финансирования, в Китае с 2018 г. введен новый экологический налог.

³ Эковывбор Китая: как страна (с трудом) пытается отказаться от неразлагаемого пластика // URL: <https://tass.ru/mezhdunarodnaya-panorama/10334823> (дата обращения: 20.04.2021).

⁴ Парижское соглашение 2015 г., принятое в рамках Конвенции об изменении климата // URL: <https://www.un.org/ru/climatechange/paris-agreement> (дата обращения: 10.04.2021).

⁵ The Outline of the 13th Five-Year Plan for National Economic and Social Development of the People's Republic of China URL: <http://www.sdpc.gov.cn/fzgggz/fzgh/zhdtd/ghwb/gjjh/201603/P020160318564052484043.pdf> (дата обращения: 15.04.2021).

⁶ Хохлов А. Очищение угля: чему Россия может поучиться у Китая // URL: <https://www.rbc.ru/opinions/business/21/12/2018/5c1b7e439a7947f76c69db2b> (дата обращения: 20.04.2021).

⁷ Официальный сайт Министерства экологии и окружающей среды. URL: <https://english.mee.gov.cn/> (дата обращения: 15.04.2021).

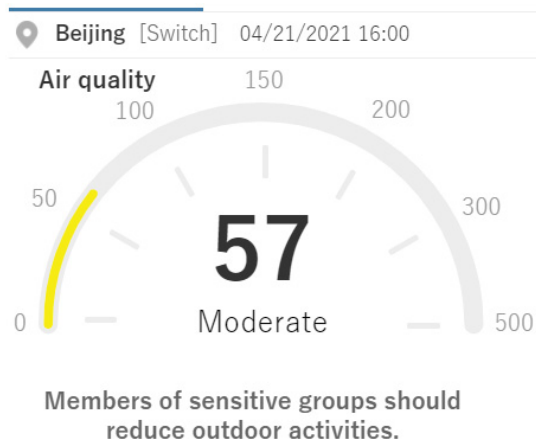


Рис. Уровень загрязнений воздуха

По мнению создателей и разработчиков данного нововведения, это первый в Китае налог, который направлен именно на защиту окружающей среды, его размер зависит от региона налогоплательщика⁸.

Особенностью налога является то, что, в отличие от ранее действовавшего согласно Положению Государственного совета КНР от 2 января 2003 г. «О порядке взимания платы за загрязнение окружающей среды» налога, этот налог должен взиматься в местный бюджет⁹, что поможет распределить ресурсы на восстановление окружающей среды более гармонично.

Налог на охрану окружающей среды имеет различные налоговые ставки в зависимости от уровня загрязнения, а это означает, что предприятиям, которые являются масштабными загрязнителями природы, придется платить больше, чем тем, кто сократил количество своих выбросов, что будет стимулировать предприятия снижать нагрузку на экологию.

Закон затронет как промышленные компании, так и частных лиц. Согласно оценкам аналитиков, новый налог позволит ежегодно собирать до 50 млрд юаней (около 7,68 млрд долл. США)¹⁰, которые правительство намерено направить на улучшение экологической обстановки страны.

Инвесторам следует ожидать дальнейших шагов китайского правительства в области ох-

раны окружающей среды, хотя и постепенных, поскольку местные органы власти пытаются уравновешивать требования экономического роста и экологические проблемы.

4. Снижение производства пластика. В январе 2020 г. власти КНР обнародовали план отказа от неразлагаемого пластика в определенных сферах и его замены на новые материалы к концу 2025 г.

Данный посыл звучит очень оптимистично, ведь о том, что белый пластик не разлагается и наносит непоправимый вред природе и окружающей среде, учат даже в школах.

Министерство экологии и окружающей среды КНР выпустило руководство по запрету использования таких изделий, как пластиковые пакеты, одноразовая пенопластовая посуда, пластиковые ватные тампоны, бытовая химия, содержащая пластиковые микробы, трубочки для коктейлей и другие неразлагаемые пластмассы¹¹. Продажа и производство одноразовой пенопластовой посуды и пластиковых ватных тампонов будут запрещены до конца текущего года. Указанный проект будет реализован в несколько этапов и полностью вступит в силу к концу 2025 г.

Но это не обязательно будет работать так, как предполагалось, такой позиции придерживается и Гринпис, в своем Докладе 2020 года о биоразлагаемом пластике эксперты отмечают, что, если производство биоразлагаемых пластмасс продолжится в таком же объеме, китайская индустрия электронной коммерции будет генерировать около 5 млн тонн биоразлагаемых пластиковых отходов в год к 2025 г.¹²

Следовательно, если политика приведет к простому переходу на компостируемый пластик, без массовых инвестиций в технологию компостирования и инфраструктуру, это по факту создаст лишь массовые проблемы с мусором. Реальные изменения требуют изменения культуры использования того же пластика, а не только применения различных материалов.

5. Создание зон устойчивого развития. Принимая во внимание Повестку дня ООН в области устойчивого развития на период до 2030 года¹³, китайское правительство утвердило три зоны

⁸ Закон КНР «О налоге на загрязнение окружающей среды».

⁹ Кранина Е. И. Экологическая реформа КНР в 13-й пятилетке (2016—2020 гг.) // 13-я пятилетка (2016—2020 гг.) — важнейший этап построения в Китае общества малого благоденствия «сяокан». М., 2018. С. 138—139.

¹⁰ Китай ввел экологический налог // URL: <https://novostipmr.com/ru/news/18-01-03/kitay-vvyol-ekologicheskii-nalog> (дата обращения: 15.04.2021).

¹¹ China to ban single-use non-degradable plastic to reduce waste // URL: <https://www.packaging-gateway.com/news/china-ban-single-use-non-degradable-plastic/> (дата обращения: 17.04.2021).

¹² Доклад Гринпис 2020 года о биоразлагаемом пластике // URL: <https://www.greenpeace.org/static/planet4-eastasia-stateless/84075f56-biodegradable-plastics-report.pdf> (дата обращения: 15.04.2021).

¹³ Преобразование нашего мира : Повестка дня в области устойчивого развития на период до 2030 года // Резолюция, принятая Генеральной Ассамблеей 25 сентября 2015 года // URL: <https://undocs.org/ru/A/RES/70/1> (дата обращения: 20.04.2021).

устойчивого развития, которые будут способствовать реализации данной Повестки:

- Шэньчжэнь — это инновационный двигатель Китая. Эта зона будет интегрировать технологии очистки сточных вод, утилизации отходов, восстановления окружающей среды и искусственного интеллекта для решения вопросов от управления ресурсами до загрязнения окружающей среды;
- Гуйлинь — эта зона будет сосредоточена на инновациях, направленных на борьбу с опустыниванием, создавая решения, которые могут быть воспроизведены другими регионами, сталкивающимися с угрозой вторжения пустынь;
- Тайюань — эта зона, ориентированная на борьбу с загрязнением воздуха и воды, будет способствовать инновационным решениям, которые могут быть воспроизведены регионами, полагающимися на добычу ресурсов.

6. И, разумеется, развитие «зеленой» энергетики, которой принадлежит значимая роль в системе китайской экологии. Правительство Китая проанализировало экологические и экономические перспективы возобновляемых источников энергии (далее — ВИЭ) и сделало на них ставку в контексте плана промышленной модернизации лидера Китая Си Цзиньпина «Сделано в Китае — 2025», целью которого является доведение Пекина до мирового лидерства в сфере высоких технологий.

Правительство поставило цель увеличить общую долю солнечной и ветровой энергии в общем энергобалансе почти до 30 % к 2030 г.¹⁴, что является феноменальным показателем, учитывая численность населения и масштабы производства в стране.

Всего, по данным Национального энергетического управления страны NEA, на конец 2020 г. суммарная мощность ветровой энергетики Китая составила 281,5 ГВт, солнечной — 253,4 ГВт. Власти страны планомерно увеличивают долю генерации электростанциями на возобновляемых источниках энергии (ВИЭ): в 2005 г. она составляла всего 6,8 %, на конец 2020 г. — 15 %, а к 2030 г. должна достигнуть 25 %. Суммарная мощность ветровых и солнечных электростанций к этому моменту составит 1 200 ГВт¹⁵.

Мало того, что Китай сам активно использует свои ветряные турбины и панели, он стал мировым лидером по их производству. Так, уже по состоянию на 2017 г. 71 % рынка солнечных панелей занимали китайские компании, при этом доля бывшего лидера в этой сфере Японии снизилась до 2 %, что является показателем «экологического» и «экономического» чуда в действии¹⁶.

Аналогичную ситуацию можно проследить и на рынке производства ветряных турбин: Китай является безусловным лидером, далее следуют Дания, Испания и США.

7. Международное партнерство в сфере «зеленой» энергетики. Международное агентство по возобновляемым источникам энергии (IRENA) и Государственная сетевая корпорация Китая (SGCC) подписали в 2020 г. новый Меморандум о взаимопонимании (MoU), в рамках которого обе организации будут тесно сотрудничать в целях поддержки модернизации сетей, гибкости систем и взаимодействия секторов в регионах Китая и коридора чистой энергии IRENA.

В рамках этого соглашения данные организации будут тесно сотрудничать, чтобы поддержать создание благоприятных условий для будущей энергетической системы, в которой доминируют возобновляемые источники энергии. Это партнерство представляет собой широко приветствуемые общие усилия по созданию декарбонизированной глобальной энергетической системы¹⁷. Данные направления разработаны в соответствии с Парижским соглашением, регулирующим меры по снижению содержания углекислого газа в атмосфере с 2020 г.

Подводя итоги, можно отметить, что, несмотря на то, что Китай внедряет «зеленую энергетику», прежде всего, разумеется, из-за того, чтобы снизить нагрузку на экологию страны, в конечном итоге его действия могут помочь всей планете, так как позволят существенно сократить количество выбросов в атмосферу, а следовательно, произойдет снижение загрязнений тех же пресных водоемов и уменьшение энергетической нагрузки в целом.

Как видим, действия Китая носят комплексный характер, разработана масштабная стратегия, которую страна активно выполняет, соблюдая баланс между экономикой и экологией.

¹⁴ Деньги из воздуха: как Китай развивает «зеленую» энергетику // URL: <https://nangs.org/news/renewables/denygi-iz-vozduha-kak-kitay-razvivaet-zelenuyu-energetiku> (дата обращения: 20.04.2021).

¹⁵ В 2020 году ввод новых ВЭС в Китае почти втрое превысил показатель 2019 года // URL: <https://rawi.ru/2021/01/v-2020-godu-vvod-novyih-ves-v-kitae-pochti-vtroe-prevyisil-pokazatel-2019-goda/>.

¹⁶ Деньги из воздуха: как Китай развивает «зеленую» энергетику // URL: <https://nangs.org/news/renewables/denygi-iz-vozduha-kak-kitay-razvivaet-zelenuyu-energetiku> (дата обращения: 20.04.2021).

¹⁷ Официальный сайт Международного агентства по возобновляемым источникам энергии. URL: <https://www.irena.org/newsroom/pressreleases/2021/Apr/IRENA-and-China-State-Grid-Agree-to-Advance-Transition-Through-Power-Systems-Enhancements> (дата обращения: 10.04.2021).

Позиция Китая в целом соответствует сложившейся во всем цивилизованном мире концепции проведения масштабных преобразований в рамках охраны окружающей среды, которые

помогут восстановить повреждения окружающей природной среды, сократить количество антропогенной нагрузки и улучшить экологическую обстановку.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. В 2020 г. ввод новых ВЭС в Китае почти втрое превысил показатель 2019 года // URL: <https://rawi.ru/2021/01/v-2020-godu-vvod-novyih-ves-v-kitae-pochti-vtroe-prevyisil-pokazatel-2019-goda/>.
2. Ван Шивэй, Ясовеев М. Г. Экологическая политика Китая // Экологический вестник. — 2016. — № 1 (35). — С. 15—19.
3. Деньги из воздуха: как Китай развивает «зеленую» энергетику // URL: <https://nangs.org/news/renewables/denygi-iz-vozduha-kak-kitay-razvivaet-zelenuyu-energetiku> (дата обращения: 15.04.2021).
4. Деньги из воздуха: как Китай развивает «зеленую» энергетику // URL: <https://nangs.org/news/renewables/denygi-iz-vozduha-kak-kitay-razvivaet-zelenuyu-energetiku> (дата обращения: 20.04.2021).
5. Доклад Гринпис 2020 года о биоразлагаемом пластике // URL: <https://www.greenpeace.org/static/planet4-eastasia-stateless/84075f56-biodegradable-plastics-report.pdf> (дата обращения: 15.04.2021).
6. Китай ввел экологический налог // URL: <https://novostipmr.com/ru/news/18-01-03/kitay-vvyol-ekologicheskij-nalog> (дата обращения: 15.04.2021).
7. Кранина Е. И. Экологическая реформа КНР в 13-й пятилетке (2016—2020 гг.) // 13-я пятилетка (2016—2020 гг.) — важнейший этап построения в Китае общества малого благоденствия «сяокан». — М., 2018. — С. 138—139.
8. Хохлов А. Очищение угля: чему Россия может поучиться у Китая // URL: <https://www.rbc.ru/opinions/business/21/12/2018/5c1b7e439a7947f76c69db2b> (дата обращения: 20.04.2021).
9. Эковывбор Китая: как страна (с трудом) пытается отказаться от неразлагаемого пластика // URL: <https://tass.ru/mezhdunarodnaya-panorama/10334823> (дата обращения: 20.04.2021).
10. China to ban single-use non-degradable plastic to reduce waste // URL: <https://www.packaging-gateway.com/news/china-ban-single-use-non-degradable-plastic/> (дата обращения: 17.04.2021).
11. The Outline of the 13th Five-Year Plan for National Economic and Social Development of the People's Republic of China // URL: <http://www.sdpc.gov.cn/fzgggz/fzgh/zhdh/ghwb/gjjh/201603/P020160318564052484043.pdf> (дата обращения: 15.04.2021).

Уголовное право

Об ошибках при назначении судебно-медицинской экспертизы по делам о преступлениях в сфере искусственной репродукции человека¹ About errors in the appointment of forensic medical examination in cases of crimes in the field of artificial human reproduction

Я. В. Комиссарова,

кандидат юридических наук, доцент,

доцент кафедры криминалистики

Московского государственного юридического университета

имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Россия

a5143836@yandex.ru

Ya. V. KOMISSAROVA,

Cand. Sci. (Law), Associated Professor,

Associated Professor of Department of criminalistics

of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Russia

a5143836@yandex.ru

© Я. В. Комиссарова, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.151-154

Аннотация. Установить обстоятельства, подлежащие доказыванию, при расследовании преступлений, связанных с врачебными ошибками, без использования специальных знаний в области судебной медицины невозможно. По обозначенной категории уголовных дел заключение экспертов играет ключевую роль в уяснении признаков объективной стороны преступления. К сожалению, в теории и на практике пока нет единообразного толкования целого ряда понятий, значимых для выработки юридически корректной позиции сторонами обвинения и защиты. Это влечет возникновение проблем при принятии процессуальных решений следствием и судом, провоцирует возмущение общественности. В статье подчеркивается, что процессуальные, гносеологические и деятельностные ошибки эксперты совершают при производстве всех видов экспертиз. Применительно к судебно-медицинской экспертизе по делам о преступлениях в сфере искусственной репродукции человека указаны некоторые распространенные ошибки, возникающие на этапе формулирования вопросов, выносимых на разрешение эксперта.

Ключевые слова: врачебная ошибка, дефект оказания медицинской помощи, недостаток медицинской услуги, халатность, расследование преступлений, судебно-медицинская экспертиза, компетенция эксперта, заключение эксперта.

Abstract. It is impossible to establish the circumstances to be proved in the investigation of crimes related to medical errors without the use of special knowledge in the field of forensic medicine. For the designated category of criminal cases, the expert opinion plays a key role in understanding the signs of the objective side of the crime. Unfortunately, in theory and in practice, there is still no uniform understanding of a number of concepts that are important for the development of a legally correct position by the parties to the prosecution and defense. This leads to problems when making procedural decisions by the investigation and the court, provokes public outrage. The article emphasizes that the experts make procedural, epistemological and activity errors in the production of all types of examinations. In relation to forensic medical expertise in cases of crimes in the field of artificial human

¹ Данное исследование произведено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-14084.

² URL: <https://tass.ru/obschestvo/6576365> (дата обращения: 18.11.2020).

reproduction, some common errors that arise at the stage of formulating questions submitted for the expert's permission are indicated. This study was carried out with the financial support of the RFBR within the framework of scientific project No. 18-29-14084.

Keywords: *medical error, defect in the provision of medical care, lack of medical services, negligence, investigation of crimes, forensic medical examination, expert competence, expert opinion.*

Преступления, совершаемые медицинскими работниками, могут быть квалифицированы по таким статьям УК РФ, как ст. 109 «Причинение смерти по неосторожности», ст. 118 «Причинение тяжкого вреда по неосторожности», ст. 238 «Производство, хранение, перевозка либо сбыт товаров и продукции, выполнение работ или оказание услуг, не отвечающих требованиям безопасности», ст. 293 «Халатность». Помимо указанных статей, в зависимости от конкретной ситуации, причинение вреда в сфере искусственной репродукции человека может подпадать под действие ст. 122—124, 153, 159, 235 УК РФ.

Летом 2018 г. Следственный комитет России предложил дополнить Уголовный кодекс статьей 124.1 «Ненадлежащее оказание медицинской помощи (медицинской услуги)» и ст. 124.2 «Сокрытие нарушения оказания медицинской помощи». В связи с этой инициативой в обществе развернулась оживленная дискуссия по вопросу о допустимости/недопустимости приравнивания профессиональной ошибки к преступлению. В итоге законодательного закрепления позиция Следственного комитета России не получила².

С юридической точки зрения врачебные ошибки в некоторых странах (например, в США, Великобритании, Китае) могут при определенных условиях расцениваться как проявление халатности³. Так, согласно ст. 335 Уголовного кодекса Китайской Народной Республики, медицинский работник, вследствие крайней халатности которого наступила смерть пациента или был причинен серьезный вред его здоровью, наказывается лишением свободы на срок до трех лет либо краткосрочным арестом⁴. Однако сама по себе врачебная ошибка преступлением не считается. В подавляющем большинстве случаев проблемы решаются за рамками уголовного судопроизводства. Если факт ошибки будет доказан, врачу и лечебному учреждению грозят иски на огромные суммы.

Независимо от того, станут ли ошибки врачей предметом разбирательства в гражданском или уголовном процессе, дать правовую оценку действиям медицинских работников без использования специальных знаний в области судебной медицины невозможно. В связи с этим на практике складывается парадоксальная ситуация: большой общественный резонанс в России вызывают как

действия врачей, которые могут оказаться преступными, так и деятельность медиков, проводящих судебно-медицинские экспертизы по данной категории дел. Зачастую экспертные ошибки преувеличивают настолько, что, не владея информацией по делу в полном объеме, не только общественность, но и коллеги по цеху начинают считать производство экспертизы еще одним преступлением.

Ошибки имеют место при производстве всех без исключения видов экспертиз. Выделяют три группы типичных экспертных ошибок: процессуальные, гносеологические и деятельностные⁵.

В группу процессуальных ошибок включают: выход эксперта за пределы своей компетенции, выражение экспертной инициативы в непредусмотренных законом формах, получение материалов и объектов экспертного исследования из ненадлежащих источников либо с нарушением установленного порядка, обоснование выводов материалами дела, а не результатами исследования, несоблюдение требований к составлению заключения эксперта и некоторые другие.

Гносеологические ошибки могут быть фактическими (предметными) и логическими (например, при делении и определении понятий, формулировании вывода по правилам индукции или дедукции).

Деятельностные ошибки связаны с осуществляемыми экспертом действиями и операциями и могут заключаться в нарушении предписанной методикой последовательности исследования, использовании непригодных технических средств, получении недоброкачественного сравнительного материала и т.д.

Рассмотрим некоторые типичные ошибки, связанные с постановкой вопросов эксперту, из-за которых судебно-медицинская экспертиза по делам о преступлениях в сфере искусственной репродукции человека может оказаться неэффективной, а заключение, составленное экспертом, лишь осложнит работу следствия и суда.

Одной из самых распространенных является процессуальная ошибка, когда эксперты, принимая к своему разрешению правовые вопросы, выходят за пределы своей компетенции. Чаще всего это связано с постановкой вопросов, касающихся установления лиц, допустивших нарушения при оказании медицинской помощи. Отвечая на

³ URL: <https://cont.ws/@damurweb/1004402> (дата обращения: 18.11.2020).

⁴ Посольство Китайской Народной Республики в Российской Федерации. URL: <http://ru.china-embassy.org/rus/zfhz/zgflyd/t1330730.htm> (дата обращения: 18.11.2020).

⁵ Судебная экспертиза: типичные ошибки / под ред. Е. Р. Россинской. М.: Проспект, 2012. С. 7—56.

такие вопросы эксперты, как правило, приводят фамилии медиков, указанные в медицинской документации. Исторически так сложилось, что этот источник априори считается достоверным в отличие от показаний участников судопроизводства, которые ставятся под сомнение. Однако практика свидетельствует, что медицинские документы могут содержать недостоверные сведения. Врачи далеко не всегда уделяют должное внимание ведению медицинской документации, забывая, что она имеет не только научно-практическое и лечебное, но и юридическое значение⁶.

Кроме того, необходимо учитывать, что, помимо так называемого «человеческого фактора», при оказании медицинской помощи проблемы могут возникать и по другим причинам, например, организационного характера. Недостатки материально-технического оснащения и лекарственного обеспечения также могут существенно ограничить активность медицинских работников, вплоть до невозможности оказания качественной медицинской помощи.

В действительности следователи должны ставить вопросы исключительно о причинах и характере выявленных дефектов, на каком этапе оказания медицинской помощи они были допущены, при проведении какого именно медицинского вмешательства и т.п. Установление конкретного лица, допустившего нарушения при оказании медицинских услуг, является обязанностью следователя. Специальные знания в области медицины для этого не нужны. Смешение процессуальных функций следователя и эксперта недопустимо.

Еще одна часто встречающаяся на практике ошибка при постановке вопросов эксперту связана с подменой понятий. Вместо вопроса о наличии и характере причинно-следственной связи между дефектами оказания медицинской помощи и неблагоприятным исходом перед комиссией экспертов следователи ставят вопросы о возможности благоприятного исхода при условии правильного оказания медицинской помощи. Корни этой гносеологической ошибки кроются в известных трудностях, с которыми сталкиваются следствие и суд при анализе объективной стороны ятрогенных преступлений. Следователь обязан установить не только факт причинения вреда здоровью, но и то, что вред явился следствием врачебной ошибки, халатности медперсонала, использования заведомо некачественных медикаментов и т.п. Должна быть выявлена прямая причинно-следственная связь между действиями причинителя вреда и наступившим ухудшением состояния здоровья.

Установить прямую причинно-следственную связь между действиями врачей и неблагоприятным исходом оказания медицинской помощи конкретному пациенту достаточно сложно. Не-

гативные последствия разного рода могут возникнуть не только вследствие допущенных врачами ошибок, но и тогда, когда врачи соблюдали все требования соответствующих медицинских регламентов (протоколов). Можно сказать, что следователи идут по пути наименьшего сопротивления, когда пытаются решить эту проблему за счет постановки вопросов о гипотетической возможности благоприятного исхода в случае проведения лечения по имеющимся стандартам.

Очевидно, что все стандарты оказания медицинской помощи заведомо рассчитаны на неопределенный круг лиц, тогда как каждый случай индивидуален. Следователь может допросить специалиста или получить его заключение относительно частоты и характера разного рода исходов лечения (включая летальные) в ситуациях, сходных с той, что имеет место по уголовному делу. Однако нет никакой научно обоснованной методики экстраполяции статистических данных на конкретные случаи лечения. Обвинение лица в совершении преступления не может строиться на абстрактных рассуждениях о возможности или невозможности благоприятного исхода.

Не менее опасна подмена понятия ятрогенного осложнения понятием обоснованного медицинского риска, которая иногда имеет место на этапе назначения экспертизы.

При оказании медицинской помощи телесные повреждения зачастую неизбежны. Существуют допустимые и недопустимые телесные повреждения. Последние являются следствием отклонения от медицинских технологий и влекут причинение вреда здоровью пациента.

При рассмотрении гражданских дел недопустимые телесные повреждения признают недостатком медицинских услуг, в то время как допустимые телесные повреждения недостатком могут и не быть. Если, несмотря на принятые меры предупреждения, прогнозируемые осложнения проявились, но были проведены надлежащие мероприятия по их устранению, недостатком медицинской услуги это не считается. Если же меры по предупреждению (меры по устранению) заведомо возможных осложнений не предпринимались, то такие осложнения являются следствием недостатка безопасности медицинских услуг.

То, что любая манипуляция или процедура характеризуется определенным процентом осложнений, не означает неизбежность их появления в каждом конкретном случае. При производстве экспертиз как по гражданским, так и по уголовным делам необходим предметный анализ причин и условий возникновения ятрогенных осложнений, включая изучение показаний и противопоставлений к медицинскому вмешательству, методики и техники его выполнения, сроков развития

⁶ См., например: Фейгин В. П., Жихорев В. И., Девятков М. Ю. Анализ судебно-медицинских экспертиз по врачебным делам в Удмуртской Республике // Проблемы экспертизы в медицине. 2004. № 49. С. 48—50.

осложнений и т.д. Именно ссылки в заключениях экспертов на общую частоту встречаемости осложнений без анализа причин неблагоприятного исхода в исследуемой ситуации являются одной из причин, по которым экспертов-медиков постоянно упрекают в «корпоративной солидарности»⁷.

Здесь надо сказать, что опасность как упомянутых выше беспочвенных обвинений со стороны коллег по цеху, так и проявлений псевдокорпоративной этики при обсуждении результатов судебно-медицинских экспертиз, в нашей стране отчасти связана со спецификой организации судебно-экспертной деятельности. Возможно, подобные ситуации на практике складывались бы реже, если бы в России переняли опыт других стран в части порядка назначения и производства судебно-медицинских экспертиз.

С этой точки зрения показательна современная история развития судебной медицины в КНР. В 50-е гг. XX в. учреждения судебной медицины функционировали по модели Советского Союза — бюро СМЭ были созданы в провинциях и крупных городах, а в небольших (по меркам КНР) населенных пунктах работали судебно-медицинские эксперты. После реформирования, начиная с 90-х гг. прошлого столетия, производство судебно-медицинских экспертиз контролируют две структуры: милиция общественной безопасности и Китайская ассоциация по науке и технике.

Судмедэксперты КНР так же, как их коллеги в России, выезжают на осмотры мест происшествий, проводят исследования и экспертизы в отношении живых лиц, работают с трупами и следами биологического происхождения. Но в отличие от россиян, все судмедэксперты Китая

являются сотрудниками органов милиции, т.е. состоят на государственной службе и пользуются соответствующими льготами. Еще одна особенность организации судебно-экспертной деятельности в КНР заключается в том, что судебно-психиатрическая экспертиза относится к числу судебно-медицинских⁸.

Сходным образом урегулировано производство судебно-медицинских экспертиз Законом Украины от 25 февраля 1994 г. № 4038-ХІІ «О судебной экспертизе» (в действующей редакции), в соответствии со ст. 7 которого деятельность, связанная с проведением криминалистических, судебно-медицинских и судебно-психиатрических экспертиз осуществляется исключительно государственными специализированными учреждениями⁹.

Решение организационных проблем напрямую влияет на качество работы судебных экспертов, уровень их дисциплинированности и ответственности. Но и на этапе постановки вопросов эксперту единообразный подход к практике назначения и производства судебно-медицинских экспертиз, в том числе по делам о преступлениях в сфере искусственной репродукции человека, был бы полезен.

Таким образом, пусть и косвенно, можно минимизировать число некорректно формулируемых следователями вопросов. Пока же российские следователи, пытаясь справиться с проблемами, которыми изобилует расследование ятрогенных преступлений, продолжают задавать экспертам-медикам вопросы, связанные с толкованием норм законодательства об охране здоровья граждан, положений ведомственных нормативных актов и даже вопросы, касающиеся обоснованности расчетов стоимости медицинских услуг.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Дмитриева О. А., Голубева А. В., Косинская Е. Д. Проблемы установления причинно-следственных связей при проведении судебно-медицинской экспертизы «ятрогенных преступлений» // Вестник судебной медицины. — 2019. — Т. 8. — № 4. — С. 56—61.
2. Ерахмилевич В. В., Казанцев Д. А. Ятрогенные преступления и проблемы их расследования // Актуальные проблемы борьбы с преступлениями и иными правонарушениями. — 2020. — № 20—1. — С. 42—43.
3. Калинин Р. Э., Баринев Е. Х., Комиссарова Я. В. К вопросу об оспаривании защитниками заключений экспертов по делам о ятрогенных правонарушениях // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2020. — № 11. — С. 148—157.
4. Кручинина Н. В., Попов В. П. Выявление злоупотреблений и преступлений, связанных с фальсификацией в сфере вспомогательных репродуктивных технологий // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2019. — № 3. — С. 95—100.
5. Моисеев С. О. Особенности организации судебно-медицинской службы в КНР // Судебная медицина. — 2016. — Т. 2. — № 2. — С. 45—47.
6. Фейгин В. П., Жихорев В. И., Девятков М. Ю. Анализ судебно-медицинских экспертиз по врачебным делам в Удмуртской Республике // Проблемы экспертизы в медицине. — 2004. — № 49. — С. 48—50.

⁷ Ерахмилевич В. В., Казанцев Д. А. Ятрогенные преступления и проблемы их расследования // Актуальные проблемы борьбы с преступлениями и иными правонарушениями. 2020. № 20—1. С. 43.

⁸ Подробнее см.: Моисеев С. О. Особенности организации судебно-медицинской службы в КНР // Судебная медицина. 2016. Т. 2. № 2.

⁹ URL: https://kodeksy.com.ua/ka/o_sudebnoj_ekspertize/statja-7.htm [дата обращения: 18.04.2021].

Эволюция уголовно-правовой охраны избирательных прав в Китае

The evolution of the criminal law protection of electoral rights in China

Чжоу Хэн,

кандидат юридических наук (РФ), постдоктор юридических наук (КНР),
доцент Юридического института Университета Внутренней Монголии, КНР
pangdongmei71@163.com

Ван Гуанлун,

Юридический институт Сибирского федерального университета, КНР
pangdongmei71@163.com

Zhou Heng

Candidate of Law (Russian Federation), Postdoctor of Law (China),
Associate Professor of the Law Institute
of the University of Inner Mongolia, China
pangdongmei71@163.com

Wang Guanglong

Law Institute Siberian Federal University, China
pangdongmei71@163.com

© Чжоу Хэн, Ван Гуанлун, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.155-158

Аннотация. Политическая система оказывала и оказывает большое влияние на суть и юридическое оформление преступлений против избирательных прав. Защиту уголовным законом избирательных прав в Китае начиная с 20-х гг. XX в. можно разделить на два периода: 1) в условиях однородного политического режима — до конца 80-х гг. и 2) в условиях разных политических режимов — с конца 80-х гг. и до настоящего времени. В первый период институт защиты избирательных прав уголовным законом Китая был заимствован у Советской России. Во второй период после принятия УК КНР (1997 г.) и до настоящего времени ст. 256 не претерпела никаких изменений. В настоящее время в Китае отсутствует стимул для изменения и улучшения избирательного и уголовного законодательства.

Ключевые слова: уголовно-правовая охрана избирательных прав, УК Китая, эволюция.

Abstract. In comparison with other crimes, the political system has had and still has a great influence on the essence and legal registration of crimes against electoral rights. After the 20s of the XX century, the protection of electoral rights by criminal law in China can be divided into two periods: 1) in the conditions of the same political regime-until the end of the 80s and 2) in the conditions of different political regimes-from the end of the 80s to the present. In the first period, the institution of protection of electoral rights by the criminal law of China was borrowed from Soviet Russia. In the second period after the adoption of the Criminal Code (1997), Article 256 has not yet undergone any changes. Currently, there is no incentive in China to change and improve the electoral and criminal laws.

Keywords: criminal law protection of electoral rights, the Criminal Code of China, evolution.

По мнению многих криминалистов, преступления против избирательных прав относятся к категории политической преступности¹. Политическая система оказывала и оказывает большое влияние на квалификацию и юридическое оформ-

ление преступлений против избирательных прав. В этой связи отнюдь не случайно в правоприменительной практике рассматриваемые преступления становятся более сложными как с точки зрения их фиксируемости и раскрываемости, так

¹ См., например: Груздева А. П. Понятие и некоторые формы проявления преступлений, совершаемых в условиях избирательного процесса // Следователь. 1999. № 12. С. 40; Кабанов П. А. Понятие и криминологическая характеристика политической преступности // Следователь. 1999. № 4. С. 27—33.

и с точки зрения их квалификации и наказуемости. Именно поэтому О. В. Зайцева справедливо отмечает: «В современных условиях уголовное законодательство, как правило, используется как инструмент политической борьбы. В основном уголовные дела по ст. 141—142.1 УК РФ заводятся под политический заказ и до суда не доходят»².

Таким образом, проводя анализ преступления против избирательных прав по УК Китая, нельзя не учитывать влияние политической системы страны на уголовную ответственность за преступления, направленные на нарушение избирательных прав.

После Октябрьской революции 1917 г. теория марксизма-ленинизма была заимствована Китаем у Советской России. Начиная с этого времени под руководством Компартии Китая, образно говоря, стал учеником своего «старшего брата». В результате Китай полностью скопировал правовую систему Советского Союза. Благодаря этому Китай достиг определенного прогресса в области защиты избирательных прав своих граждан с помощью уголовного законодательства, особенно в сравнении с правовыми нормами династии Цин.

Защиту уголовным законом избирательных прав в Китае после 20-х гг. XX в. можно разделить на два периода: 1) в условиях однородного политического режима — до конца 80-х гг. и 2) в условиях разных политических режимов — с конца 80-х гг. и до настоящего времени.

В первый период институт защиты избирательных прав уголовным законом Китая был заимствован у Советской России. Известно, что Великая Октябрьская социалистическая революция в России задала направление и для китайской антиимпериалистической и антифеодальной борьбы. Чтобы приблизиться к аналогичному содержанию статьи 64 Конституции Советской России 1918 г., в проекте Конституции Китайской Советской Республики, который был принят на 1-й сессии Всекитайского советского собрания народных представителей 7 ноября 1931 г., в части защиты избирательных прав было четко предусмотрено, что при советской власти рабочие, крестьяне, солдаты, а также все трудовые массы имеют право управлять государством через своих представителей. Только олигархи, чиновники, помещики,

именитые шэньши³, капиталисты, монахи не имели права участвовать в управлении властью через своих представителей и пользоваться свободными политическими правами⁴.

КПК внимательно изучала опыт конституционного строительства в Советской России. В тот период в Китае и была определена система собраний народных представителей как китайская политическая система.

В 30—40-е гг. прошлого века все Положения о выборах Советских районов Китая были скопированы с соответствующих правовых актов Советской России. В Положении о выборах всех уровней в Пограничном районе Шэньси — Ганьсу — Нинся (1941 г.) было предусмотрено, что комитеты всех уровней в Пограничном районе являются органами волеизъявления народа, а депутаты избираются народом путем прямых выборов.

В отношении воспрепятствования в осуществлении избирательных прав граждан ст. 21 данного Положения достаточно ясно устанавливала, что «воспрепятствование свободному осуществлению избирательных прав путем применения угроз, обмана, получения материальных выгод и других коррупционных незаконных действий, независимо от того, будет ли данное лицо избранным или нет, является незаконным деянием, которое необходимо предотвратить. Совершившее его лицо и участники незаконного деяния должны быть наказаны судом в соответствии с законом».

Также статья 29 Подробных правил реализации Положения о выборах сенаторов в Пограничном районе Шэньси — Хэбэй — Шэньдун — Хэнань (от 20 октября 1944 г.) предусматривала, что преступления, направленные против избирательных прав граждан, подлежат наказанию по уголовному закону.

Для обеспечения проведения демократических выборов в официальных документах Пограничного района многократно подчеркивались огромное значение выборов и необходимость предотвращения преступлений против избирательных прав граждан и наказания за такие преступления⁵.

После образования КНР долгое время не был принят Уголовный кодекс. Первый Закон «О выборах во Всекитайское собрание народных представителей и в местные собрания народных представите-

² Зайцева О. В. Коррупция в избирательном процессе: уголовно-правовые меры противодействия // URL: http://www.rusnauka.com/3_kand_2007/pravo/18648.doc.htm.

³ Шэньши [кит., буквально — ученые мужи, носящие широкий пояс (в древности служивший символом власти); неточное английское — gentry (джентри)], часть господствующего класса в феодальном Китае. К Ш. принадлежали лица, выдержавшие экзамены на ученую степень, которая давала им право занимать государственные и общинные должности // URL: <https://dic.academic.ru/dic.nsf/bse/152528>.

⁴ Конституционная программа Китайской Советской Республики (принята на 1-й сессии Всекитайского собрания представителей Китайской Советской Республики 7 ноября 1931 г.) // Хань Яньлун, Чан Чжаожу. Избранное издание законодательных документов в Пограничных районах во время китайской новой демократической революции. Пекин, 1980. Т. 1. С. 9. [На кит. яз.]

лей КНР» предусматривал соответствующие санкции за нарушения в ходе избирательной кампании.

Надо иметь в виду, что данный Закон был разработан на основе Положений о выборах Советских районов. Статьи 62 и 63 Закона от 11 февраля 1953 г. «О выборах» устанавливали наказания за преступные посягательства на избирательные права граждан. Ответственность за такие преступления была предусмотрена в главе «Наказание за нарушение выборов».

Статья 62 Закона устанавливала: «Срыв проведения выборов либо воспрепятствование свободному использованию избирателями их права избирать и быть избранными путем насилия, угроз, обмана, подкупа и других незаконных действий, являются правонарушениями и подвергаются уголовному наказанию на срок до 2 лет народным судом или народным трибуналом».

Не меньшую значимость имела и ст. 63 Закона, закреплявшая, что фальсификация избирательных документов или ложное сообщение о количестве избирательных бюллетеней либо сокрытие фактов, если эти деяния совершены работником народных правительств разных уровней, членом избирательной комиссии, наказываются народным судом или народным трибуналом лишением свободы на срок до 3 лет.

Несмотря на то что в 60-е гг. XX в. после разрыва дружеских отношений с СССР руководство КНР попыталось отойти от советской правовой модели, тем не менее сходство политических систем неизбежно привело к сходству и законодательных систем.

1 июля 1979 г. был принят УК КНР (1979 г.). В статье 142 данного Кодекса предусматривалась уголовная ответственность за нарушение выборов: лицо, совершившее нарушение положений Закона о выборах путем насилия, угроз, обмана, взяток или другим способом, создавшее препятствия избирателям в осуществлении их права избирать и быть избранными, приведшее к срыву выборов, наказывалось лишением свободы на срок до 3 лет или арестом.

Вместе с тем практически нет информации о подобных преступлениях в первой половине 80-х гг., да и в правовой литературе признается, что на практике их было не очень много⁵.

На наш взгляд, в это время защита уголовным законом избирательных прав находилась в состоянии застоя. Институт защиты уголовным законом избирательных прав не был развит.

Второй период развития института уголовной защиты избирательных прав начинается с конца 80-х гг. XX в. В это время институт защиты уголовным законом избирательных прав в Китае также не получил заметного развития.

В действующем Уголовном кодексе КНР (1997 г.) предусмотрена только одна статья (ст. 256 УК), которая устанавливает ответственность за срыв выборов представителей собрания народных представителей всех уровней, руководителей государственных органов путем насилия, угроз, обмана, взяток, фальсификации избирательных документов, ложного сообщения о количестве избирательных бюллетеней или другими способами либо за воспрепятствование избирателям и их представителям в осуществлении их права избирать и быть избранными при отягчающих обстоятельствах. В качестве наказаний в норме фигурируют лишение свободы на срок до 3 лет, арест или лишение политических прав.

Коренные отличия положений о защите избирательных прав граждан в Уголовном кодексе КНР 1997 г. по сравнению с УК КНР 1979 г. заключаются в следующем.

Во-первых, законодатель учел появление новых технологий, позволяющих изготавливать поддельные избирательные документы, фальсифицировать результаты голосования, и в ст. 256 УК (1997 г.) дополнил диспозицию ранее существовавшей нормы указанием на упомянутые способы совершения преступления.

Во-вторых, в ст. 256 УК (1997 г.) законодатель ограничил сферу применения нормы лишь выборами представителей собрания народных представителей всех уровней и выборами руководителей государственных органов.

В-третьих, в ст. 256 УК (1997 г.) даны понятия «избиратели» и «их представители». Это сделано потому, что по ныне действующей Конституции КНР 1982 г. (с поправками 1988, 1993, 1999 и 2004 гг.) прямые выборы в стране проводятся до уездного уровня включительно, а представители собраний народных представителей провинций,

⁵ См.: Положение о выборах советов всех уровней в Пограничном районе Шэньси — Ганьсу — Нинся (принято на 2-й сессии Совета в Пограничном районе в ноябре 1941 г.) ; Подробные правила реализации Положения о выборах сенаторов в Пограничном районе Шэньси — Хэбэй — Шэньдун — Хэнань (опубликованы правительством Пограничного района 20 октября 1944 г.) ; Инструкция о переизбрании в уездный парламент и работе уездного парламента от административного совета в Пограничном районе Шэньси — Хэбэй (принята 9 марта 1943 г.) // Хань Яньлун, Чан Чжаою. Указ. соч. С. 223, 307, 281.

⁶ Ахметшин Н. Х. История уголовного права КНР. М. : МЗ Пресс, 2005. С. 176 ; Ахметшин Х. М., Ахметшин Н. Х., Петухов А. А. Современное уголовное законодательство КНР. М. : Муравей, 2000. С. 146 ; Разработка нового Уголовного кодекса. Пекин, 1997. С. 333. [На кит. яз.].

городов центрального подчинения и городов, имеющих районное деление, избираются собраниями народных представителей на ступень ниже⁷.

В-четвертых, в соответствии со ст. 256 УК 1997 г. только при отягчающих обстоятельствах подлежат наказанию действия, направленные на срыв выборов или воспрепятствование избирателям и их представителям в осуществлении своего права избирать и быть избранными.

Эти редакционные уточнения института защиты уголовным законом избирательных прав в УК КНР имеют как достоинства, так и недостатки. Достоинствами являются: расширение объективной стороны преступления и установление критериев, позволяющих отграничить преступное деяние от непроступного. Недостатки заключаются в том, что сфера защиты уголовным законом избирательных прав ограничивается.

Хотя по сравнению с УК КНР 1979 г. в Уголовном кодексе КНР 1997 г. сделан определенный шаг по пути законодательного прогресса, однако уголовно-правовая норма, охраняющая избирательные права граждан, представляется еще достаточно примитивной. До сих пор, по прошествии более чем 20 лет, данная норма не претерпела никаких изменений. Это вызывает трудности в ее применении на практике.

На наш взгляд, именно избирательная система Китая оказывает большое влияние на институт защиты уголовным законом избирательных прав граждан Китая. Например, ст. 22 Закона Китайской Народной Республики от 1 июля 1979 г. «Об организации местных собраний народных представителей и местных народных правительств» предусматривает, что при проведении выборов руководителей секретариатов постоянных комитетов собраний народных представителей, председателей собраний народных представителей волостей, национальных волостей и поселков, руководителей народных правительств, предсе-

дателей народных судов и главных прокуроров народных прокуратур число кандидатур должно превышать число подлежащих избранию депутатов. В этом случае проводятся альтернативные выборы. Если же в списке кандидатов значится только один кандидат, то могут проводиться и безальтернативные выборы».

Необходимо отметить, что в принципе выборы руководства проводятся как альтернативные, а безальтернативные выборы являются исключением. Выборы же заместителей обязательно проводятся как альтернативные. Это связано с тем, что руководитель (начальник) играет важную роль в обеспечении безопасности страны и стабильности общества, поэтому кандидат на должность руководителя может быть избран и на безальтернативных выборах.

На наш взгляд, в Китае отсутствует стимул для изменения и улучшения избирательного и уголовного законодательства в части защиты избирательных прав граждан. Это и привело к тому, что после принятия УК КНР 1997 г. до сих пор ст. 256 не претерпела никаких изменений.

Полагаем, что институт выборов и политическая система тесно связаны. С одной стороны, институт выборов стимулирует создание политических партий, общественных объединений, влияет на стабильность правительства и определяет характер и объем политической конкуренции в будущем. С другой стороны, политическая система обуславливает модель выборов, справедливость и демократичность выборов, а также совершенство избирательных правил.

Современное китайское руководство тоже осознало, что первая задача реформы политической системы — это реформа избирательной системы. Для этого нужно совершенствовать как процессуально-правовые правила выборов, так и регламентацию ответственности за нарушения этих правил.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Ахметшин Н. Х. История уголовного права КНР. — М. : МЗ Пресс, 2005. — С. 176.
2. Ахметшин Х. М., Ахметшин Н. Х., Петухов А. А. Современное уголовное законодательство КНР. — М. : Муравей, 2000.
3. Груздева А. П. Понятие и некоторые формы проявления преступлений, совершаемых в условиях избирательного процесса // Следователь. — 1999. — № 12.
4. Кабанов П. А. Понятие и криминологическая характеристика политической преступности // Следователь. — 1999. — № 4.
5. Хань Яньлун, Чан Чжаожу. Избранное издание законодательных документов в Пограничных районах во время Китайской новой демократической революции. — Пекин, 1980. — Т. 1. — [На кит. яз.].

⁷ Конституция Китайской Народной Республики (принята на 5-й сессии Всекитайского Собрания народных представителей пятого созыва 4 декабря 1982 г.). Ч. 1. Ст. 97.

中俄刑法“恶意欠薪罪”比较研究

Сравнительное исследование преступлений преднамеренной невыплаты заработной платы в уголовных кодексах Китая и России

Comparative study of crimes of deliberate non-payment of wages in the Criminal Codes of China and Russia

徐楷

黑龙江大学政府管理学院、法学博士
pangdongmei71@163.com

Сюй Кай,

доктор юридических наук,
Хэйлунцзянский университет, Китай
pangdongmei71@163.com

Xu Kai,

Dr. Sci. (Law), Heilongjiang University, China
pangdongmei71@163.com

© Сюй Кай, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.159-162

摘要：我国《刑法修正案（八）》规定了恶意欠薪罪，该罪有很多矛盾和问题存在。分析俄罗斯刑法中该罪的相关规定，比较两国刑法立法理念的不同，对于我国立法者在未来修订和完善恶意欠薪罪有重要意义。同时，学者和立法者应该知道恶意欠薪行为侵犯的是宪法性权利，基于此才能将该行为犯罪化的实际情况。

关键词：恶意欠薪罪；中俄比较

Abstract. *The phenomenon of malicious non-payment of wages is widespread in all countries of the world, maybe it is especially serious in China, it has attracted a lot of attention from the Party (CPC) and the Chinese government. Under conditions when the solution of this issue through civil and administrative methods is not very effective, the Chinese legislative bodies, under the leadership of officials, finally decided to use the intimidating power of criminal punishment to solve this problem, which has tormented the government for many years.*

Article 41 “Amendments to the Criminal Code (8) of the People’s Republic of China” states: After article 276 of the Criminal Law, an article is added as one of the articles 276: Evasion of payment of wages to workers by transferring property, escape, etc. Or those who are able to pay, but do not pay wages to employees in the case when the amount is relatively large, and the relevant government departments order the payment of wages, but still cannot pay, are punished with imprisonment for up to 3 years or arrest, and additionally or as an independent punishment — a fine; Persons who have committed the same violations that have entailed serious consequences are punished with imprisonment for a term of 3 to 7 years and additionally with a fine. If the crime mentioned in the first part of this article was committed by an organization, a fine is applied to the organization, and the directly responsible heads of the organization and other directly responsible persons are punished in accordance with the first part of this article. The acts provided for in the first and second parts of this article, which did not entail serious consequences, in which the employee’s salary for work is paid before the charge is brought and appropriate compensation is accepted in accordance with the law, then the punishment may be commuted or released. Article 276 of the Criminal Code provides for the crime of causing harm to production and economy, which belongs to this chapter crime against property (Chapter 5 of the special part of the Criminal Code). Therefore, the crime of malicious non-payment of wages is a crime against the property of citizens (employees).

Due to the fact that the Chinese Constitution does not provide that citizens have the right to receive remuneration, only the Labor Legislation states: that Workers have the right to equal employment and choice of profession, the right to receive wages for work ... In view of this, that from the point of

view of legal relations, based on both the Labor Law and the Law on the Employment Contract, the effect of non-payment of wages only occurred between the employee and the employer. According to the employment contract, disputes arising when, after the employee has fulfilled the contract, but the employer does not pay him wages in accordance with the contract.

The Criminal Code of the Russian Federation provides for crimes of non-payment of wages, pensions, scholarships, allowances and other necessary payments in chapter 19 “crimes against the constitutional rights and freedoms of man and citizen” of section VII “Crimes against the person”. Bringing together the above, the rights to pay for work, receive state pensions and social benefits, etc., protected by the Criminal Code of the Russian Federation, are constitutional rights. And also, they are specified in Article 2 of the Constitution of the Russian Federation a person, his rights and freedoms are the highest value. Recognition, observance and protection of human and civil rights and freedoms is the duty of the state, specified in the Criminal Code of the Russian Federation.

In China, when criminalizing the action of non-payment of wages, the most fundamental issue that needs to be resolved is to have a basis of justice, that is, to introduce “income from labor” into the Constitution of the People’s Republic of China, which provides for the basic rights of a citizen. At the same time, it is necessary to amend the chapter related to “crimes against the rights of the individual and the democratic rights of citizens in the Criminal Code,” and to amend the “crime against constitutional rights,” as well as the chapter includes “crimes of non-payment of wages, scholarships, pensions and benefits”, but should not be included in chapter 5 “crime against property”.

As a result, a comparison of the criminal code between the two countries China and Russia on the crime of malicious non-payment of wages shows that there are contradictions and problems in Chinese legislation, and the political significance of the legislation far exceeds the legal significance, which will directly affect its application in judicial practice.

Keywords: malicious non-payment of wages; Sino-Russian comparison.

恶意欠薪现象世界各国普遍存在，中国可能尤为严重，引起了党和政府的高度关注，在民事、行政方式解决效果不明显的情况下，官员主导下的中国立法机关最终决定运用刑罚的威慑力来解决这一困扰政府多年的问题。

一、中国刑法恶意欠薪罪评析

《中华人民共和国刑法修正案（八）》已由中华人民共和国第十一届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议于2011年2月25日通过，自2011年5月1日起施行。《刑法修正案（八）》在起草和审议过程中引起广泛关注和巨大争议，热点之一就是“恶意欠薪行为”犯罪化问题。在法理逻辑上，有学者提出，作为主要由民事、行政法律调整的劳资关系，刑法过度介入并不恰当，因而需要在司法实践中严格限定本罪的入罪范围、明确构成要件。^[1]《刑法修正案（八）》第41条规定：“在《刑法》第276条后增加一条，作为第276条之一：‘以转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者的劳动报酬或者有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬，数额较大，经政府有关部门责令支付仍不支付的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成严重后果的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。’单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。”“有前两款行为，尚未造成严重后果，在提起公诉前支付劳动者的劳动报酬，并依法承担相应赔偿责任的，可以减轻或者免除处罚。”《刑法》第276条规定的是破坏生产经营罪，隶属于类罪名“侵犯财产罪”一章之中（刑法分则第5章）。因此，恶意欠薪罪是一种侵犯公民（劳动者）个人财产的犯罪。

我国恶意欠薪罪的成立规定了一系列的限制条件，除了“经政府有关部门责令支付仍不支付”的限制条件之外，还有“以转移财产、逃匿等方法逃避支付”、“有能力支付而不支付”、“数额较大”等限制条件。这些限制条件无非是为了表明：只要用人单位或者个人真诚面对劳动者报酬问题并寻求解决办法的，而不是“以转移财产、逃匿等方法逃避支付”、“有能力支付而不支付”等恶意欠薪的情形，是不能构成本罪的。^[2]

可是，拖欠工资属于侵犯财产行为，笔者不能苟同。我国宪法第十三条规定：“公民的合法的私有财产不受侵犯”。这里首先需要解决的就是被拖欠的工资是否是“公民的合法的私有财产”的问题。《劳动法》第5条规定：“工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人”。在用人单位尚未支付工资给劳动者本人的时候，劳动者并没有取得“应得的工资”的所有权，即意味着，“被拖欠的工资”不是“公民的合法的私有财产”。所以，拖欠工资的行为并没有侵犯公民的宪法权利，也不是刑法中“侵犯财产罪”的犯罪客体。因此，将“恶意欠薪罪”加在《刑法》第五章《侵犯财产罪》中是对“被拖欠的工资”法律性质的根本性认识错误。

由于我国在宪法中没有规定公民有“取得劳动报酬的权利”，只是在《劳动法》第3条规定：“劳动者享有平等就业和选择职业的权利、取得劳动报酬的权利...”。因此，从法律关系说，无论是根据《劳动法》，还是根据《劳动合同法》，拖欠工资的行为只能是劳动者和用人单位之间，根据劳动合同，在劳动者履行完合同，用人单位不按照合同支付工资时产生的纠纷。拖欠工资行为是违约行为和侵权行为的竞合，本质是债权债务关系，是一种侵犯债权请求权的行为，即侵犯财产权的行为，而不是侵犯财产的行为。

笔者一直坚持将拖欠工资行为犯罪化是不妥当的。严重的社会危害性是罪与非罪的本质区别。近年的严重拖欠工资的行为危害了社会经济秩序,引发了许多严重的社会问题。但是,我们不能仅仅被表面的严峻形势所干扰,贸然以刑罚来解决本属民事性质的纠纷。立法是一种理性的活动,离开理性,法律将无理,无理之法不可能得到多数公民拥戴和信任。立法者不是在制造法律,不是在发明法律,而仅仅是在表现法律,他把精神关系的内在规律表现在有意识的现行法律中。如果一个立法者用臆想来代替事情的本质,那么我们就应该责备他极端任性。^[3]

基于以上种种原因,本罪的设置不可避免地产生一些悖论,甚至无法调和的矛盾,也在一定程度上说明本罪的设置并非十分理性。^[4]

二、对俄罗斯联邦刑法中恶意欠薪罪的评析

俄罗斯联邦刑法将“拒绝支付工资、退休金、助学金、补助金和其它应付款项罪”规定于第7编《侵害人身的犯罪》的第19章《侵害宪法性权利和人与公民自由的犯罪》。1999年2月17日经国家杜马通过、3月15日生效的《1999年俄罗斯联邦第45号法律》专门对145条进行补充,规定了145.1条。此后,2003年12月8日生效的《2003年俄罗斯联邦第162号法律》对该条进行了修改。

俄罗斯联邦刑法典145.1规定:拒绝支付工资、退休金、助学金、补助金和其它应付款项:

1. 任何所有制形式的企业、机关或者组织的领导,出于自私贪婪或者其它的私人利益,拒绝支付工资、退休金、补助金和其它法律规定的应付款项超过两个月,判处被判刑人数额为8万卢布以下,或者六个月以下的工资或其它收入的罚金,或者5年以下剥夺担任一定职务或从事某种活动的权利,或者2年以下剥夺自由。

2. 实施上述行为造成严重后果的,判处被判刑人数额为10万卢布以上30万卢布以下,或者1年以上2年以下的工资或其它收入的罚金;或者3年以上7年以下剥夺自由,并处或不并处3年以下剥夺担任一定职务或从事某种活动的权利。^[5]

我们从犯罪构成的角度对该犯罪进行分析:

首先,犯罪主体是特殊主体,即任何所有制形式的企业、机关或者组织的领导者。俄罗斯刑法典中没有采用“法人犯罪”理论,只有自然人才能够成为犯罪主体。因此,在本罪中实施犯罪行为,并为此行为承担刑事责任的只能是领导者本人。对领导者本人处以的刑罚种类是罚金、剥夺担任一定职务或从事某种活动的权利、剥夺自由。犯罪主体实施本条第一款的犯罪,根据俄罗斯刑法典第15条规定,属于轻罪;如果符合本条第二款的情况下,则属于中等严重犯罪或者严重犯罪。^[1]

由于本条规定的犯罪主体只是任何所有制形式的企业、机关或者组织的领导者,个体经济的企业主不能根据本条追究刑事责任,那样就会得出结论:同个体企业签订劳动合同的劳动者将比企业、机关或组织里的工作者得到的法律保护少,这是不公正的。

其次,犯罪构成主观方面。仅符合本罪第一款规定的犯罪时,罪过形式是直接故意,即行为人明知无理的拒绝支付必需的应付款项必然会导致财产损失而希望这个结果发生。如果实施第一款行为造成严重后果,符合本条第二款规定的条件下,过错形式则比较复杂:在犯罪人希望严重结果到来或者不希望但是放任严重结果到来的情况下罪过形式是故意;在严重结果的产生不是犯罪人所希望的,但确因其疏忽大意而产生的情况下,该犯罪被认为是故意和过失两种罪过形式。

本罪的犯罪动机是出于自私贪婪或者其它私人利益。所谓的自私贪婪,即犯罪人企图获得财产利益或者逃避必需的应付款项的支付;或者把应付款项投入不动产、有价证券等来获得利润。其它的私人利益可以包括追求职业升迁、开除不合自己心愿的工作者、建立私人关系网、以及同“有用的人”建立良好关系等。

再次,犯罪构成客观方面。犯罪客观方面是不作为。企业、机关和组织不支付工资、退休金、助学金、补助金和其他法律规定的应付款项连续不断的超过2个月。只有在拒绝支付的行为连续不断的超过2个月的情况下才追究企业、机关、组织领导者的刑事责任。

本条第一款不支付工资、退休金、助学金、补助金和其他法律规定的应付款项2个月期限届满时认为是犯罪既遂;本条第二款在严重结果产生的时刻犯罪既遂。

本条第二款的严重后果包括:身体损害,如残疾致使劳动能力的损失、死亡、因缺钱治疗和饥饿导致的疾病、被害人自杀;财产损失,如为吃饭而贱买物品;其它损害,如不能交纳学费而被收费教育机构开除等。法院在分析具体案件的基础上,考虑犯罪持续时间、被害人数量、不支付金额的总额等因素来认定是否构成严重后果。

第四,犯罪客体。该犯罪的社会危险性表现在侵害公民宪法性的劳动报酬权,损害公民社会保障中的宪法性保障(俄联邦宪法37条3款、39条)。^[2]

在违背工资和其它社会支付及时性的同时,该犯罪损害了劳动者、学习者、领取养老金者、残疾者、暂时丧失劳动能力者和其他类型公民的利益。

现行俄罗斯的立法中确定了要及时支付劳动报酬。保障每个工作者能够及时得到足额的,并且足够保证工作者本人及其家庭生活的工资的权利是俄罗斯劳动法的原则之一。

犯罪对象是没有支付的工资、助学金等款项。被害人是没有获得支付款项的自然人。

综上所述,俄罗斯刑法所保护的劳动报酬权、领取国家退休金和社会补助金等权利是宪法性权利,是《俄罗斯联邦宪法》第2条“人、人的自由和权利是最高价值,承认维护和保卫人和公民的自由和权利是国家责任”在刑法典中的体现。

三、俄罗斯刑法恶意欠薪罪对我国刑法的启示

1、将获得劳动报酬权提升为宪法性权利

美国学者约翰·罗尔斯认为，正义是社会制度的首要价值，正如真理是思想体系的首要价值一样。一种理论，无论它多么精致和简洁，只要它不真实，就必须加以拒绝或修正；同样某些法律和制度，不管它们如何有效率和有条理，只要它们不正义，就必须加以改造和废除。^[6]正义和公平在刑法中一方面表现为通过对犯罪人公平地适用刑罚来体现法律正义，另一方面公平分配的刑罚也是向社会宣告正义。我们的立法者如果确实迷信刑罚的作用，认为只有将拖欠工资行为犯罪化才能有效地解决这个社会问题，消除该行为给社会带来的危害性，才有利于建立和谐社会的话。在我国拖欠工资行为犯罪化所要解决的最根本问题就是要正义的基础，也就是把“劳有所得”写入宪法规定的公民基本权利中。正如胡锦涛总书记在党的十七大上的报告的第八部分《加快推进以改善民生为重点的社会建设》中谈到：“……促进社会公平正义，努力使全体人民学有所教、劳有所得、病有所医、老有所养、住有所居，推动建设和谐社会”。在这里胡锦涛总书记专门提到了“劳有所得”，可见通过宪法的修改，将“劳有所得”确立为公民的宪法权利也符合党和人民的根本利益。只有这样，拖欠工资行为犯罪化才有了正义的基础，才不会有国家公权力介入和干预民事活动的嫌疑。

同时，修改刑法中的“侵犯公民人身权利、民主权利罪”一章，将其修改为“侵犯宪法性权利罪”。然后将“拖欠工资、助学金、退休金、补助金罪”纳入此章，决不可将该罪放入“侵犯财产罪”中。

2、恶意欠薪罪的刑罚设置的完善

《刑法修正案（八）》对恶意欠薪罪设置了两个量刑幅度、一个减轻或免除处罚情节：一般情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；有前两款行为，尚未造成严重后果，在提起公诉前支付劳动者的劳动报酬，并依法承担相应赔偿责任的，可以减轻或者免除处罚。总体而言，这种刑罚配置与恶意欠薪罪作为轻罪、侵犯财产罪的性质基本对应，在很大程度上体现了立法的科学性。但是，同俄罗斯刑法的规定比较后，可以看出这种刑罚设置仍有进一步完善的空间：恶意欠薪罪多因犯罪人有特定的行为能力并利用其能力触法，因而有必要考虑能力罚的适用；《刑法修正案（八）》对该罪减轻或免除处罚的规定存在着操作上的障碍，需要进一步规范化；为有效预防此类犯罪，有必要规定相应的保安处分措施；恶意欠薪罪的防治是一项系统工程，有必要构建综合防控体系。

总之，两国刑法恶意欠薪罪的比较可以看出，我国的立法有矛盾和问题存在，立法的政治意义远远大于法律意义，将直接影响到司法实践中的适用。

注释：

1.《俄罗斯联邦刑法典》第13页，西伯利亚大学出版社，俄罗斯新西伯利亚，2005年出版。第15条犯罪种类：1.本法典规定的行为，依照其社会危害性的性质和程度，分为轻罪、中等严重的犯罪、严重犯罪和特别严重的犯罪。2.故意或过失行为，本法典对其规定的最高刑罚不超过2年剥夺自由的，是轻罪。3.故意行为，本法典对其规定的最高刑罚不超过5年剥夺自由的，过失行为，本法典对其规定的最高刑罚超过2年剥夺自由的，是中等严重的犯罪。4.故意行为，本法典对其规定的最高刑罚不超过10年剥夺自由的，是严重犯罪。5.故意行为，本法典对其规定的最高刑罚超过10年剥夺自由或更重的，是特别严重的犯罪。

2.《俄罗斯联邦宪法》第37条3款：每个公民有在符合安全和卫生的条件下的劳动权，无歧视和不低于联邦法律确定的最低劳动报酬的劳动报酬权。第39条：1.依法在疾病、残疾、赡养人伤亡的情况下，为了教育孩子和其它情况，根据年龄给每个人提供社会保障；2.法律确立国家退休金和社会补助金；3.鼓励社会保险、建立补充性的社会保障和社会慈善事业。

参考文献：

- 1.（韩炳勋、李双庆：《恶意欠薪犯罪在司法适用中的三个问题》，载京师刑事法治网 <http://www.criminallawbnu.cn/criminal/Info/showpage.asp?pkID=30286>，2011年7月1日访问。）
2. 魏东.《刑法修正案（八）》若干新规的诠释与适用[J].法治研究, 2011. 5:13—23.
3. 马克思, 恩格斯. 马克思恩格斯全集（第1卷）[M].北京：人民出版社, 1956. 185.
4. 魏东.《刑法修正案（八）》若干新规的诠释与适用[J].法治研究, 2011. 5:13—23.
5. 俄罗斯联邦刑法典. 俄罗斯新西伯利亚：西伯利亚联邦大学. 2005. 75.
6. [美]约翰·罗尔斯.正义论[M].何怀宏等译.北京:中国社会科学出版社. 1988. 1—2.

Механизм формирования правоприменительного усмотрения

The mechanism of formation of law enforcement discretion

А. А. Никитин,

кандидат юридических наук,

доцент кафедры прокурорского надзора и криминологии
Саратовской государственной юридической академии, Россия
alexnik-82@mail.ru

A. A. Nikitin,

Cand. Sci. (Law) Associate professor, Prosecutor's supervision
and criminology department, Saratov State Law Academy, Russia
alexnik-82@mail.ru

© А. А. Никитин, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.163-169

Аннотация. В статье рассматриваются стадии формирования усмотрения правоприменителя, которое находит выражение в принимаемом правоприменительном акте. Делается вывод, что механизм формирования правоприменительного усмотрения функционирует параллельно механизму самого применения права. На каждом этапе правоприменительного процесса уполномоченный субъект реализует одно или несколько усмотрений по вопросам, составляющим суть данного этапа. Такие элементы усмотрения зачастую не имеют внешнего выражения и не обладают самостоятельным значением. Они с разной степенью интенсивности влияют на принятие основного решения по юридическому делу. Исследование структуры механизма формирования правоприменительного усмотрения позволяет продемонстрировать объективный характер существования данного вида усмотрения и его независимость от наличия дискреционных элементов в применяемой норме.

Ключевые слова: правоприменительное усмотрение, правоприменительный процесс, юридическая квалификация, толкование норм права, правоприменительный акт.

Abstract. The article examines the stages of the formation of the discretion of the law enforcement officer, which finds expression in the adopted law enforcement act. It is concluded that the mechanism for the formation of law enforcement discretion functions in parallel with the mechanism of the application of law. At each stage of the law enforcement process, the authorized entity implements one or more discretions on issues that constitute the essence of this stage. Such discretionary elements often do not have external expression and do not have an independent meaning. They, with varying degrees of intensity, influence the adoption of the main decision in a legal case. The study of the structure of the mechanism for the formation of law enforcement discretion allows us to demonstrate the objective nature of the existence of this type of discretion and its independence from the presence of discretionary elements in the applicable rule.

Keywords: law enforcement discretion, law enforcement process, legal qualification, interpretation of law, enforcement act.

Правоприменительное усмотрение, являясь разновидностью усмотрения в праве, чаще других видов дискреции оказывалось в фокусе интереса ученых. Традиционно правоприменительное (административное) усмотрение понималось как выбор соответствующим субъектом варианта решения юридического дела из предусмотрен-

ных законом альтернатив¹. Данная трактовка акцентирует внимание на том, что выбор возможен лишь из тех вариантов, которые закреплены в законе. Необходимо отметить, что такое понимание усмотрения является узким — оно сводит дискрецию к конкретно-нормативной ее разновидности и оставляет за пределами предложен-

¹ См., например: Боннер А. Т. Применение закона и судебное усмотрение // Советское государство и право. 1979. № 6. С. 35; Корнев А. П. Толкование и применение норм советского административного права // Государство и право. 1971. № 1. С. 49.

ного определения те разновидности усмотрения, которые проявляются в случаях применения правовых норм, содержание которых не обладает альтернативностью (содержат конкретный правовой запрет или юридическую обязанность).

Для более полного отражения сущности правоприменительного усмотрения и охвата всех его разновидностей (конкретно-нормативное, институциональное, компетенционное) предлагается определять его как результат интеллектуальной деятельности субъекта, осуществляющего функцию правоприменения, представляющий собой выбранное на основе предписаний правовых норм решение по юридически значимому вопросу и выраженный в определенном правоприменительном акте. Предложенная трактовка допускает, что субъект может принимать решение исходя не только из закрепленного статьей закона перечня альтернатив, но и основываясь на всей совокупности правовых предписаний, закрепленных разными нормами права и относящихся к рассматриваемому делу (например, устанавливающих процедуру рассмотрения дела, общие полномочия должностного лица или компетентного органа и т.д.).

Здесь необходимо отметить, что каждая стадия правоприменительного процесса предполагает интеллектуально-волевою деятельность правоприменителя, а следовательно, и усмотрение по вопросу, составляющему суть этой стадии. Но, как правило, решения правоприменителя на отдельных стадиях правоприменительного процесса не имеют самостоятельного значения и лишены внешнего выражения. Такие элементы усмотрения в совокупности образуют механизм формирования цельного правоприменительного усмотрения, который представляет собой «кальку» правоприменительного процесса.

Рассмотрим подробнее, какие элементы входят в структуру механизма формирования правоприменительного усмотрения и как они воздействуют на итоговое правоприменительное усмотрение.

Первым элементом механизма является усмотрение правоприменителя при установлении фактических обстоятельств. Характерные черты первой стадии правоприменительного процесса предопределяют наличие в ней усмотрения соответствующего субъекта. В частности, абсолютно справедливо отмечается, что правоприменитель прежде всего должен определить круг обстоя-

тельств, которые будут составлять фактическую основу дела². В процессе решения данной задачи он обладает широкой свободой усмотрения, обусловленной разновидностью обстоятельств, которые будут включены в фактическую основу. В рамках данного элемента можно говорить об усмотрении при определении круга обстоятельств, подлежащих установлению (доказыванию), при собирании доказательств (розыске, фиксации), их проверке и оценке.

Деятельность по установлению фактических обстоятельств при разрешении любого дела по своей сути аналогична процессу доказывания в уголовном судопроизводстве (а также в иных видах судопроизводства), изучению которого посвящена теория доказательств. Поэтому детальный анализ реализуемых правоприменителем в рамках данной деятельности элементов усмотрений целесообразно проводить в рамках отдельного исследования.

Вторым элементом механизма формирования правоприменительного усмотрения является усмотрение при юридической квалификации дела — выбор правоприменителем подходящей правовой нормы (совокупности норм), подлежащей применению для разрешения дела.

Юридическая квалификация — одна из основных категорий права. Как справедливо указывает В. Н. Кудрявцев, ее главное назначение — в определении подлежащей применению нормы права³. Но в формулировке понятия правовой квалификации мнения ученых расходятся.

Во-первых, юридическая квалификация рассматривается в двух значениях:

- а) как вид деятельности, направленной на определение нормы права, подлежащей применению;
- б) как результат такой деятельности, нашедший отражение в правоприменительном акте (например, в приговоре суда, установившем квалификацию содеянного по определенным статьям Уголовного кодекса)⁴.

В данной работе мы будем рассматривать правовую квалификацию в первом значении — как юридическую деятельность.

Во-вторых, различаются подходы и к определению правовой квалификации как вида деятельности.

Одни ученые понимают юридическую квалификацию как деятельность по оценке фактов с позиции их значения для права⁵; другие — как

² См.: Сардаева О. Г. Установление фактических обстоятельств дела как основа квалификации юридически значимого поведения : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2013. С. 15.

³ См.: Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. М. : Юрид. лит., 1972. С. 67—68.

⁴ См.: Кудрявцев В. Н. Теоретические основы квалификации преступлений : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1963. С. 3—4.

⁵ См.: Бенедик И. В. Правовая квалификация в структуре правоприменительного процесса // Проблемы социалистической законности : научн. тр. Вып. 15. Харьков, 1985. С. 141—143 ; Лазарев В. В. Применение советского права. Казань : Изд-во Казанского ун-та, 1972. С. 48.

выбор той правовой нормы, которая предусматривает данный случай (или подведение данного случая под общее правило, установленное конкретной нормой)⁶. Также существуют трактовки, объединяющие в себе названные элементы и предлагающие понимать под правовой квалификацией юридическую оценку всех фактических обстоятельств дела, данную путем отнесения этого случая к определенным нормам права⁷.

Юридическая квалификация может трактоваться как деятельность по отысканию тождества между признаками конкретного деяния и признаками правовой нормы, содержащей модель правового поведения⁸.

Предлагаются также определения правовой квалификации, по сути, интегрирующие все перечисленные. Например, А. В. Нечепурнов выделяет в качестве признаков юридической квалификации: правовую оценку установленных фактических обстоятельств; выбор нормы права, подлежащей применению; определение тождества между выбранной правовой нормой и фактическим деянием⁹. Полагаем, что эта точка зрения является наиболее верной, отражающей все аспекты правовой квалификации.

В-третьих, расходятся позиции правоведов в отношении субъектов, осуществляющих право-квалификационную деятельность: могут ли проводить юридическую квалификацию иные лица, помимо уполномоченных правоприменителей. Не вдаваясь в существо данного спора, отметим, что мы не отрицаем существование наряду с официальной квалификацией таких ее видов, как доктринальная, профессиональная и обыденная¹⁰. Однако в рамках данного исследования мы рассматриваем юридическую квалификацию как стадию правоприменительного процесса, а потому под квалификацией подразумеваем деятельность правоприменителя.

В ходе анализа аспектов, составляющих деятельность по юридической квалификации, обнаруживается, что на данной стадии правоприменительного процесса тоже существует элемент оценки, как и на стадии установления фактических обстоятельств. Однако критерии оценки в этом случае будут различаться.

В процессе установления фактических обстоятельств производится оценка собранных материалов по наличию у них свойств доказательств, а также по значению этих доказательств для полного установления фактической основы дела. То есть правоприменитель оценивает, доказано ли, что имело место какое-либо событие или деяния, обстоятельства, при которых произошло событие либо деяния, субъект, совершивший определенное деяние, и другие фактические обстоятельства, установление которых признано необходимым для правильного разрешения дела. Такую оценку можно назвать «фактической», хотя для отдельных разновидностей правоприменительной деятельности (судопроизводство) свойства доказательств закреплены законодательно.

На стадии правовой квалификации оценке правоприменителя подлежат уже не доказательства, а установление с их помощью фактических обстоятельств. Оценка производится с целью прояснить, какое значение право придает установленным фактическим обстоятельствам, что придает ей «юридический» характер. Определить значение, придаваемое правом определенным фактическим обстоятельствам или их совокупности, можно, рассматривая данные обстоятельства через призму юридических фактов (составов).

Юридическими фактами являются реальные явления действительности (события, действия), с которыми нормы права связывают наступление правовых последствий. Не специфические качества фактических обстоятельств придают им значение юридических фактов, а их включение в правовую материю в процессе правового регулирования¹¹. Одной из основных функций юридических фактов является функция правовой квалификации¹².

Для выделения из совокупности установленных фактических обстоятельств тех, которые выступают юридическими фактами или образуют юридические составы, правоприменитель должен обладать основательными правовыми знаниями, позволяющими правильно квалифицировать произошедшее. Так, например, факт причинения другому лицу смерти в сочетании с другими юридическими фактами может образовывать раз-

⁶ См.: Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Юристъ, 2004. С. 4.

⁷ См.: Алексеев С. С. Общая теория права. М. : Юрид. лит., 1982. Т. 2. С. 340.

⁸ См.: Бабай А. Н. Юридическая квалификация правового поведения личности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1985. С. 10.

⁹ См.: Нечепурнов А. В. Понятие юридической квалификации // Вопросы теории государства и права : Личность, право, правовая система : межвуз. научн. сб. Вып. 8. Саратов : Изд-во Саратовского университета, 1988. С. 167.

¹⁰ См.: Чвялева Е. В. Субъекты юридической квалификации // Вопросы теории государства и права : Личность, право, правовая система. С. 168—171.

¹¹ См.: Синюков В. Н. Функции юридических фактов // Вопросы теории государства и права : Личность, право, правовая система. С. 142.

¹² См.: Синюков В. Н. Указ. соч. С. 148.

личные составы преступлений, предусмотренных Уголовным кодексом РФ¹³: убийство, в том числе при отягчающих обстоятельствах (ст. 105); «привилегированные» убийства (ст. 106, 107, 108); причинение смерти по неосторожности (ст. 109); умышленное причинение тяжкого вреда здоровью, повлекшее по неосторожности смерть потерпевшего (ч. 4 ст. 111) и т.д. (например, ч. 2 ст. 124).

В качестве основных пределов, ограничивающих усмотрение правоприменителя в этом компоненте, можно назвать соблюдение правил правотворческой деятельности и ее совершенствование, а также толкование (в основном официальное и нормативное) соответствующих норм права, акцентирующее внимание правоприменителей на обстоятельствах, влияющих на правильную квалификацию и подлежащих выяснению при применении конкретных норм.

Вслед за юридической оценкой фактических обстоятельств идет выбор нормы права, подлежащей применению, и соотнесение текстуально зафиксированной в этой норме модели с обстоятельствами реальной действительности. При этом установленные в ходе оценки фактических обстоятельств юридические факты (составы) играют определяющую роль в процессе такого соотнесения. Так, например, обнаружение на трупе большого количества повреждений может являться юридическим фактом (если повреждения характеризуют способ убийства), влияющим на квалификацию (п. «д» ч. 2 ст. 105 УК РФ — убийство с особой жестокостью), а может таковым не быть (глумление над трупом само по себе не расценивается в качестве свидетельства совершения убийства с особой жестокостью¹⁴).

Таким образом, усмотрение правоприменителя в процессе правовой квалификации заключается в юридической оценке установленных фактических обстоятельств дела, выборе на основе этой оценки нормы права (или их совокупности) и установлении тождества между нормативно закрепленной моделью юридического факта (состава) и реальными обстоятельствами.

Третий элемент механизма формирования усмотрения правоприменителя — усмотрение при проверке и толковании выбранной правовой нормы (или их совокупности). Дискреция правоприменителя, выступающего в роли интерпретатора (толкование-уяснение), в выборе способов и объема толкования является обязательным элементом

механизма формирования правоприменительно-го усмотрения.

Проверка правовой нормы, подобранной для применения, осуществляется на предмет ее юридической силы, а также действия во времени, пространстве и по кругу лиц. Три последних элемента могут потребовать дополнительного толкования сочетаний нормы, подлежащей применению, с правовыми предписаниями, устанавливающими ее действие во времени, пространстве и по кругу лиц. Кроме того, в ходе проверки могут быть выявлены и иные обстоятельства, связанные с особенностями применения выбранной нормы и требующие дополнительного внимания при толковании (наличие конкуренции с другими нормами права, существование коллизий, пробелов и др.).

Формальная проверка (без толкования) юридической силы нормы права, подлежащей применению, может сводиться к выяснению следующих основных обстоятельств:

- 1) определение источника, содержащего правовую норму, подлежащую применению. Правоприменитель должен выяснить, где содержится подлежащая применению норма (в законе, подзаконном нормативном правовом акте) или применению подлежат нормы, закрепленные в источниках разного уровня;
- 2) установление юридической силы подлежащей применению нормы права исходя из места содержащего ее источника в иерархии нормативных правовых актов;
- 3) соблюдение требований ч. 3 ст. 15 Конституции РФ, предусматривающей обязательное опубликование законов и иных нормативных правовых актов, затрагивающих права, свободы и обязанности человека и гражданина. Конституционные положения конкретизируются в специальном законе, устанавливающем порядок официального опубликования основных нормативных правовых актов России¹⁵. В нем определяются источники официального опубликования основных видов нормативных правовых актов, а также срок вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов и актов палат Федерального Собрания — по истечении 10 дней со дня их официального опубликования, если названными актами не определен другой порядок;
- 4) выяснение, не отменена ли подлежащая применению правовая норма.

¹³ Уголовный кодекс РФ от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (ред. от 27 октября 2020 г.) // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954 ; Российская газета. 2020. 29 октября.

¹⁴ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 января 1999 г. № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (статья 105 УК РФ)» (ред. от 3 марта 2015 г.). Пункт 8 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1999. № 3 ; 2015. № 5.

¹⁵ Федеральный закон от 14 июня 1994 г. № 5-ФЗ «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания» (ред. от 1 мая 2019 г.) // СЗ РФ. 1994. № 8. Ст. 801 ; 2019. № 18. Ст. 2207.

Среди факторов, влияющих на качество и скорость проведения правоприменителем соответствующей проверки, можно выделить две противоречивые тенденции.

Первая — негативная, затрудняющая осуществление проверки. Она связана с изменениями системы законодательства, обусловленными стремительно развивающимися социальными, экономическими, демографическими и иными не правовыми процессами, происходящими в обществе. Нередко изменения системы законодательства носят отрицательный характер. Это проявляется в хаотичности и бессистемности принятия нормативных правовых актов, снижении их качества, вызванном недостатками юридико-технического характера, пробельностью правового регулирования одних сфер и дублированием правового материала в других¹⁶ и т.д. В таких условиях правоприменителю значительно сложнее проверять, не отменена ли та или иная норма, соотносить юридическую силу правовых норм, содержащихся в разных источниках, но регулирующих одну сферу, следить за изменениями действующего законодательства.

Вторая тенденция является позитивной, упрощающей выяснение правоприменителем названных обстоятельств. Она связана с совершенствованием технических средств и информационных систем, используемых при работе с нормативными правовыми актами.

Проверив указанные аспекты, относящиеся к подлежащей применению норме права, правоприменитель осуществляет ее интерпретацию, а после уяснения смысла правового предписания переходит к следующей стадии правоприменительного процесса.

Изучив названные элементы механизма формирования усмотрения правоприменителя, можно выделить характерную именно для этих элементов черту. Элементы усмотрения, реализуемые правоприменителем в стадиях установления фактических обстоятельств дела, юридической квалификации, проверки и толкования выбранной нормы, относятся прежде всего к компетенционному виду усмотрения. Безусловно, отдельные действия, осуществляемые правоприменителем на данных стадиях, могут быть прямо урегулированы отдельными правовыми нормами (отражать конкретно-нормативное усмотрение) или правовыми институтами, но основной объем усмотрения базируется на всей совокупности пра-

вовых норм, устанавливающих правовой статус, компетенцию и полномочия соответствующего органа, организации или должностного лица, а также норм, регламентирующих определенные виды правоприменительной деятельности (например, общие ограничения, которые устанавливает закон¹⁷ в отношении государственного контроля и надзора).

Существование перечисленных элементов механизма формирования усмотрения правоприменителя обусловлено самой сутью правоприменительной деятельности, ее властным характером и отличием от иных форм реализации права.

Четвертый элемент механизма формирования усмотрения правоприменителя — выбор варианта решения дела и вынесение правоприменительного акта. На данной стадии правоприменительного процесса усмотрение соответствующего субъекта относится к конкретно-нормативному виду и представляет собой выбор варианта решения дела из предусмотренных правовой нормой (группой взаимосвязанных норм), подлежащей применению, и оформление решения в правоприменительном акте. Это предполагает наличие наиболее строгих пределов для названного элемента механизма формирования усмотрения. Практически возможны случаи, когда у правоприменителя не будет возможности выбора вариантов решения дела, поскольку подлежащая применению правовая норма, определенная на стадии квалификации, содержит безальтернативное предписание (например, точно определенный вид и размер наказания за совершенное правонарушение).

Исключением, расширяющим границы усмотрения на стадии решения дела, является применение аналогии права. Сама необходимость использования аналогии закона или аналогии права устанавливается правоприменителем при квалификации дела, когда становится очевидным, что правовых норм, регулирующих данную ситуацию, нет. В случае использования аналогии закона в процессе квалификации определяются правовые нормы, регламентирующие сходные общественные отношения, и уже они становятся правовой основой усмотрения при решении дела.

А вот при использовании аналогии права конкретные нормы закона не определяются. Если обратиться к гражданскому законодательству, то ч. 2 ст. 6 ГК РФ¹⁸ указывает, что права и обязанности сторон (а в их установлении может и заключать-

¹⁶ См.: Шминке А. Д. Система права и система законодательства России: вопросы методологии / под ред. И. Н. Сеникина. Саратов : Саратовская государственная юридическая академия, 2013. С. 8.

¹⁷ Федеральный закон от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» (ред. от 13 июля 2020 г.) // СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. I). Ст. 6249 ; 2020. № 29. Ст. 4504.

¹⁸ Гражданский кодекс РФ (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 31 июля 2020 г.) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301 ; 2020. № 31 (ч. I). Ст. 5010.

ся конкретное юридическое дело) определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости. Соответственно, в основу решения дела будут положены не конкретные правовые нормы, содержащие регулятивные или охранительные предписания, а оценочные нравственные категории — «добросовестность», «разумность», «справедливость» — и исходные правовые нормы (нормы-начала, нормы-принципы). Это предоставляет правоприменителю широкую свободу формулирования и выбора вариантов решения дела.

Зачастую правоприменительную дискрецию суда или иного компетентного органа сводят лишь к этому элементу механизма, отмечая, что усмотрение есть выбор варианта решения из перечисленных в законе альтернатив¹⁹. Такой подход акцентирует внимание лишь на «вершине айсберга», значительно обедняет содержание категории «правоприменительное усмотрение», снижает возможность ее исследования.

Кроме того, он порождает вопрос о причинах различия (порой кардинального) практики применения юридических норм, содержащих безальтернативные, четко определенные правовые предписания. Разработка теории механизма формирования правоприменительного усмотрения позволяет указанные недостатки устранить.

Пятый элемент в механизме формирования правоприменительного усмотрения — дискреция в вопросах исполнения принятого решения. В правоприменительном процессе стадия исполнения принятого решения заключается в реализации мер, определенных правоприменительным актом согласно государственно-властным предписаниям правовой нормы. Однако не всегда нормы права или правоприменительное решение детально регламентируют порядок и способы реализации соответствующих мер. В таких случаях решение названных вопросов может являться усмотрением правоприменителя.

Так, например, закон²⁰ предусматривает возможность разъяснения решения Конституционного Суда РФ, которое данный орган может

дать после принятия соответствующего судебного акта (ст. 83 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»). Реализация названного полномочия необходима в ситуациях, когда возникает неопределенность относительно порядка и способов исполнения решения Конституционного Суда РФ.

В некоторых случаях исполнение правоприменительного решения осуществляется иным органом и образует отдельный правоприменительный процесс.

Подводя итоги изучению механизма формирования усмотрения правоприменителя, можно сделать ряд выводов:

1. Механизм формирования правоприменительного усмотрения включает в себя пять основных элементов, соответствующих стадиям правоприменительного процесса. При этом такие элементы не обладают целостным, неделимым характером. Они включают в себя «усмотрения-микроэлементы», т.е. дискрецию правоприменителя по отдельным вопросам, составляющим содержание определенной стадии правоприменительного процесса.

2. Элементы, образующие механизм формирования правоприменительного усмотрения, не равнозначны по влиянию на итоговое усмотрение по делу.

3. Элементы механизма формирования усмотрения правоприменителя обладают разной степенью свободы дискреции соответствующего субъекта.

4. Основные элементы в механизме формирования правоприменительного усмотрения могут относиться к разным видам правового усмотрения.

Таким образом, механизм формирования правоприменительного усмотрения можно определить как систему взаимосвязанных усмотрений правоприменителя, последовательно реализуемых на стадиях процесса применения права, каждое из которых в определенной степени детерминирует выбор итогового решения по делу и его исполнение.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Алексеев С. С. Общая теория права : в 2 т. — М. : Юрид. лит., 1982. — Т. 2. — 360 с.
2. Бабай А. Н. Юридическая квалификация правового поведения личности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1985. — 24 с.
3. Бенедик И. В. Правовая квалификация в структуре правоприменительного процесса // Проблемы социалистической законности : научн. тр. — Вып. 15. — Харьков, 1985. — С. 141—143.

¹⁹ См., например: Тихомиров Ю. А. Теория компетенции. М. : Юринформцентр, 2001. С. 271.

²⁰ Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» (ред. от 29 июля 2018 г.) // СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447 ; 2018. № 31. Ст. 4811.

4. Боннер А. Т. Применение закона и судебное усмотрение // Советское государство и право. — 1979. — № 6. — С. 34—42.
5. Корнев А. П. Толкование и применение норм советского административного права // Государство и право. — 1971. — № 1. — С. 46—53.
6. Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. — М. : Юрид. лит., 1972. — 352 с.
7. Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрист, 2004. — 304 с.
8. Кудрявцев В. Н. Теоретические основы квалификации преступлений : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1963. — 31 с.
9. Лазарев В. В. Применение советского права. — Казань : Изд-во Казанского ун-та, 1972. — 200 с.
10. Нечепурнов А. В. Понятие юридической квалификации // Вопросы теории государства и права : Личность, право, правовая система : межвуз. научн. сб. — Вып. 8. — Саратов : Изд-во Саратовского университета, 1988. — С. 159—167.
11. Сардаева О. Г. Установление фактических обстоятельств дела как основа квалификации юридически значимого поведения : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 2013. — 26 с.
12. Синюков В. Н. Функции юридических фактов // Вопросы теории государства и права : Личность, право, правовая система : межвуз. научн. сб. — Вып. 8. — Саратов : Изд-во Саратовского университета, 1988. — С. 141—151.
13. Тихомиров Ю. А. Теория компетенции. — М. : Юринформцентр, 2001. — 355 с.
14. Чвялева Е. В. Субъекты юридической квалификации // Вопросы теории государства и права : Личность, право, правовая система : межвуз. научн. сб. — Вып. 8. — Саратов : Изд-во Саратовского университета, 1988. — С. 167—174.
15. Шминке А. Д. Система права и система законодательства России: вопросы методологии / под ред. И. Н. Сеникина. — Саратов : Изд-во Саратовской государственной юридической академии, 2013. — 200 с.

Противодействие терроризму

Современное развитие законодательства о борьбе с терроризмом Analysis and examination of terrorism crime legislation

Чжао Юньфэн,
профессор Шанхайского политико-юридического института, КНР
pangdongmei71@163.com

Zhao Yunfeng,
Professor, Shanghai Law and Political Institute, China

© Чжао Юньфэн, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.170-179

Abstract. *In the past 10 years, China's legislation on terrorist crimes has undergone great changes, which not only responds to the inherent requirements stipulated in the international conventions, but also reflects the policy governing terrorist crimes. The legislation of terrorist crime presents new dimensions, specifically for the preventive strengthening, the increase of severity, the increase of rigour. Under the background of risk society, the legislation of terrorism crime has positive social significance, which is embodied in the combination of punishment after the event and prevention before the event, the unity of behavior harm and personal danger. In the future criminal legislation, it is necessary to enhance the foresight of legislation, promote the scientific nature of legislation, and strengthen the effective connection between criminal law and anti-terrorism security law, which should be the development direction of terrorism crime legislation.*

Keywords: *Terrorism crime; Preventive criminal law; Risk society; Place for education;*

In order to cope with the rising trend of terrorism and the new characteristics, trends and trends of terrorist activities, international conventions and western countries are revising their legal provisions in time to effectively combat and prevent terrorist crimes. As an integral part of the international community, China has been facing increasing pressure of terrorism in recent years. Therefore, it is necessary to revise the laws and regulations related to terrorism based on the prevention of modern criminal law and the frequent incidence of terrorist risks. Since 1997, legislators have amended the relevant provisions of the Criminal Code three times in succession, revising the provisions on terrorism crimes, not only to actively respond to the relevant requirements of international conventions, but also to effectively deal with the increasingly frequent terrorist activities. The legislation of terrorism crime should accord with the principle of scientific legislation, and should alleviate the tension of criminal punishment in the early stage from the judicial dimension, and actively explore the effective way of governing terrorist crime outside the criminal law.

Comment on legislation of terrorism crime

Penal code promulgated in 1997, according to the needs of social development, and constantly to revise and perfect the criminal code, altogether has 10 before and after the amendment of criminal law, three of the amendment is associated with terrorism crime, namely, the Criminal Law Amendment III and the Criminal Law Amendment. Eight and Criminal Law Amendment Nine, the content of the amendment involves both the content of the general provisions of criminal law and the content of the provisions of the specific criminal law. There are both the increase and adjustment of a charge, and the amendment and improvement of the statutory penalty. The scope of the amendment is relatively wide.

1.1 . On the revision of the general provisions of the criminal law

The revision of the General Provisions of the Criminal Law mainly involves the penalty system for terrorist crimes, which is embodied in the corresponding provisions of the "Criminal Law

Amendment VIII". The content relates to the scope of special recidivism, the applicable conditions of probation, commutation and parole, etc.

First, expand the scope of application of special recidivists, make terrorist crimes a condition for the establishment of special recidivists, and expand the scope of application of special recidivists. The 1997 Criminal Code only stipulated crimes endangering national security as recidivism. The Criminal Law Amendment VIII further expanded the scope of special recidivism: "criminals of crimes endangering national security, terrorist activities, and crimes of mafia-style organizations anyone who commits any of the above-mentioned crimes again at any time after the execution of the sentence or the pardon is deemed to be a recidivism.

Second, improve the conditions for applying probation for terrorist crimes and prohibit terrorist criminals from applying probation. In addition to recidivists, the Amendment to Criminal Law (VIII) added the provision that "ringleaders of criminal groups" should not be subject to probation. That is, a ringleader of a criminal group and a recidivists are not eligible for probation. Most terrorist crimes are committed in the form of criminal groups. Therefore, the aforementioned amendment on the applicable objects of recidivism essentially increases the intensity of punishment for terrorist crimes.

Third, make it more difficult to apply commutation to terrorist crimes and revise the provisions on commutation of death penalty with suspension of execution. The Eighth Amendment to the Criminal Law stipulates that the people's court may, in light of the circumstances of the crime, limit or commute the sentence of a criminal sentenced to death for crimes of organized crime and violence at the same time. Terrorist crimes mostly involve violent crimes of organized crimes. This provision indirectly strengthens the difficulty of commutation of sentences for criminals who are sentenced to death for terrorist crimes.

Fourth, the range of punishment applicable to terrorist crimes should be increased, and the provisions on parole of fixed — term imprisonment and life imprisonment should be revised. According to the Amendment to Criminal Law (VIII), parole shall not be applied to criminals who are sentenced to more than 10 years in prison or life imprisonment for crimes of organized violence. Since most terrorist crimes are related to "organized violent crimes", the above provisions should also be applicable to qualified terrorist crimes, which indirectly aggravates the criminal punishment of terrorist crimes.

1.2. Amendments to the Specific Clauses

Around 1997, organized terrorist activities have already occurred in some places, and such crimes are of great social harm. In order to effectively combat terrorist crimes, Article 120 of the Criminal Law of

1997 stipulates the organization, leadership, and participation in terrorist organizations. Crimes: Organizing, leading and actively participating in terrorist organizations shall be sentenced to more than three years but not more than 10 years of fixed-term imprisonment; others who participate shall be sentenced to not more than three years of fixed-term imprisonment, criminal detention or surveillance, commit the crimes mentioned in the preceding paragraph and commit homicide, explosion, kidnapping, etc whoever commits a crime shall be punished in acco

The Amendment (III) to the Criminal Law in 2001 amended the legislation on terrorist crimes mainly in the following aspects: First, the statutory punishment for the crime of organizing, leading and participating in terrorist organizations was increased, and the fight against terrorist crimes was intensified.

The first paragraph of Article 120 of the Criminal Law is amended to raise the statutory punishment for organizing and leading terrorist organizations from three to 10 years to more than 10 years or life imprisonment. For those who participate in terrorist organizations, a supplementary punishment of deprivation of political rights is added. Second, the crime of financing terrorist activities should be added as one of Article 120 of the Criminal Law.

Specifically, those who fund terrorist organizations or individuals who carry out terrorist activities shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than 5 years, criminal detention, public surveillance or deprivation of political rights and shall also be fined, If the circumstances are serious, he shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than five years and shall also be fined or be sentenced to confiscation of property. Where a unit commits the crime mentioned in the preceding paragraph, it shall be fined, and the persons who are directly in charge and the other persons who are directly responsible for the crime shall be punished in accordance with the provisions of the preceding paragraph;

Thirdly, the crime of money laundering should be modified to expand the upstream crime types of money laundering crime. Upstream of money laundering crime including the original drug crimes, the underworld property organization crime, smuggling crime, this change will terrorism crime and drug crimes, the underworld property organization crime, smuggling crime common rules of upstream crime of money laundering, terrorism crime from the economic, to effectively prevent terrorism crime legalization of the illegal income. In addition, special provisions are also made for unit crimes.

Persons in charge and other persons who are directly responsible for such crimes in units, if the circumstances are serious, shall be given a heavier punishment and be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than five years but not more than 10 years; Fourth, after the crime of gathering a

crowd to disturb the order of public places and traffic order in Article 291 of the Criminal Law, the crime of placing false dangerous substances and the crime of fabricating and intentionally spreading false terrorist information are added as one of Article 291 of the Criminal Law, in order to effectively prevent the use of false terrorist information to disturb social order.

The 2015 Criminal Law Amendment (IX) further tightened the criminal law network against terrorism. The "Criminal Law Amendment (IX)" added five types of crimes, including: Article 120-2 of the Criminal Law for the crime of preparing to commit terrorist activities, Article 120-3 of the Criminal Law for promoting terrorism, extremism, incitement to commit terrorist activities, and the crime of using extremism to undermine law enforcement in Article 120-4, the crime of compulsory wearing of terrorism, extremist clothing, and marks in Article 120-5 of the Criminal Law, and the crime of illegal possession of promoting terrorism or extremism in Article 120-6 of the Criminal Law. Secondly, the 2015 Criminal Law Amendment (IX) further improved the penal provisions of related articles.

The specific manifestations are as follows: First, the crime of organizing, leading, and participating in terrorist organizations in Article 120 of the Criminal Law increases the penalty of property, which specifically includes different types of confiscated property, fines, and election fines; second, criminals are smuggled out of the country to participate terrorist activity training or jihad acts, as an aggravating scenario for the crime of illegally crossing the border of the country (frontier) in Article 322 of the Criminal Law, the perpetrator illegally crosses the border of the country (frontier) in order to participate in a terrorist organization, receive training in terrorist activities, or carry out terrorist activities. If they are found to be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than 1 year but not more than 3 years, they shall also be fined.

In addition to the criminal law, other relevant laws have also strengthened the legislative provisions on terrorist crimes. In recent years, the Decision on Issues Concerning Strengthening Anti-Terrorism Work, Anti-Money Laundering Law, Anti-Terrorism Law, and Internet Security have been promulgated and implemented. Laws and other laws and regulations, these laws and the criminal law together form a strict legal system to deal with and treat terrorist crimes from different normative dimensions.

Legislation trend of terrorism crime

In order to effectively control and restrain terrorist activities, the legislation of terrorist crime has un-

dergone new changes and presented new characteristics in the world, and the criminal legislation of our country is no exception. From the perspective of legislative provisions and legal spirit, the legislation of terrorism crime mainly embodies three basic aspects: pre-precaution, severity of punishment and strictness of legal net.

2.1 . The prevention of terrorist crime legislation is obvious

Whether in Western social concepts or in our country's discourse system, risk society has become a unique form of social development. Although the concept of risk society is constantly criticized by scholars in jurisprudence theory, it plays an indispensable role in the development and construction of law and has a very obvious influence on criminal legislation. In other words, as the last barrier of social governance, the development of criminal law is increasingly influenced by the theory of risk society.

Terrorist crime is not something that only appears in a risky society. However, terrorist crimes also develop with the development of the society, and constantly derive new laws and characteristics. And the argument that the world is entering a risk society fits well with the emergence of new forms of terrorism. Since 9/11, the public has adapted to the emergence of a new type of risk. As the British Prime Minister said, we must remain highly vigilant to threats that are shared almost everywhere.¹

Especially with the increasing development of technological networks and communication technologies, terrorist crimes have begun to use new media and tools to continuously obtain new living spaces and development patterns. It is in this context that terrorism crime has the characteristics of a risk society in terms of social background and occurrence mechanism, integrated into the connotation of the times under the risk society, and therefore has new attributes and connotations. In short, based on the needs of social risk governance, in order to prevent the uncertainty and harm of social risks, social policy advocates that laws and regulations should actively intervene in the field of life to prevent major social harms caused by harmful behaviors.

The policy intention of intervention is clearly reflected in the terrorist crime legislation, which makes the terrorist crime legislation show a distinctive social preventiveness. As some scholars have said, the regulation of terrorist activities falls into the current normative spectrum of preventive criminalization practice, that is, from the attempted criminalization in the judiciary to the preparatory implementation in the legislation; from the preparation of the blow for oneself to the preparation of the blow for others; from the regulation of crime preparation to the reg-

¹ Extract from the Prime Minister's Address to the Annual Labor Party Conference, March 2004, cited in Waugh, P. (2004: 5), 'Blair T.: Britain Must Never be Afraid to Fight Terrorists // The Independent. 13 March 2004.

ulation of all illegal criminal behavior preparation.² The legislative prevention of the crime of terrorist activities is mainly reflected in the following aspects:

First, the preparatory behavior is implemented. In the past practice, it was regarded as an act of preparation for a crime. The amendment to the Criminal Law stipulated it as an act of execution, and the act of preparation that was not punished in principle was directly regulated as an act of execution, so as to achieve the purpose of early intervention in criminal acts.

As the British scholar Andrew Cornford said, in the earlier stages of the traditional crime preparation process, there are a wide range of criminal behaviors, including many common types of crime.³ For example, the crime of preparing to carry out terrorist activities in Article 120 bis added to the Criminal Law Amendment (IX) is a typical legislative example of the implementation of preparatory acts.

Second, help the behavior be criminalized. The act of helping in joint crimes is stipulated by the legislative subject as a principal offender. and the crime of financing terrorist activities added in the Amendment (III) of Criminal Law belongs to this legislative mode. In traditional judicial practice, helping behaviors, especially neutral helping behaviors, are generally not treated as crimes, or treated lightly as the principal offender. The provision of helping acts as principal offenders directly becomes the object of criminal law and regulation, which obviously advances the time point for criminal law to intervene in joint crimes.

Third, increase regulations on behavioral offences. From a theoretical point of view, the criminal structure of behavioral offenders is relatively simple, and the implementation of harmful behaviors can constitute a crime, and there is no need to investigate the circumstances of the crime or the results of the crime. The reason for adopting the behavioral offense legislation mode is that the harmful behavior generally threatens or infringes on the legal interests, which has the necessity of criminal punishment. Article 120-3 of the Criminal Law "Promotion of terrorism, extremism, and incitement to commit terrorist activities", Article 120-4 of the Criminal Law "using extremism to undermine the enforcement of the law", Article 120-5 of the Criminal Law forced to wear clothing and marks, and Article 120-6 of the Criminal Law, the crime of illegal possession of articles promoting terrorism and extremism. And so on four charges, these crimes are typical behavioral

criminal legislation models, which clearly indicate that early intervention of similar behaviors.

Its preventive legislation is also the developing trend of international legislation. In the face of the threat of organized crime and terrorist activities, Germany has increased the number of abstract dangerous criminals, possession criminals and preparatory criminals for crimes against terrorist organizations.⁴ The Anti-Terrorism Act of the United Kingdom also criminalizes "encouraging terrorist acts" and "preparing to commit terrorist acts",^[5] thereby bringing more preparatory acts into the criminal circle. Australia comprehensively revised Article 101 of the 1995 Penal Code, focusing on the construction of a preventive crime system based on the premise that "terrorist acts have not been committed" around terrorist crimes, so as to enhance the strength of the overall defense. Among them, the focus includes criminal sanctions for premeditated, prepared and assisted acts such as terrorist training, assistance, financing, provision of relevant documents, preparation and planning of participating in terrorist acts, and inciting terrorist acts and so on.⁶

2.2 . Legislation on terrorist crimes has become more stringent

To effectively deal with terrorist crimes, in addition to the early intervention of criminal penalties, it is also necessary to increase the range of penalties and improve the types of penalties in the corresponding clauses, increase the penalties for such criminal acts, reflect strict criminal policies, and minimize or deter terrorism the occurrence of socialist activities.

The reason for increasing penalties for terrorist crimes is related to the development trend of terrorist activities at home and abroad. Judging from the occurrence of terrorist crimes in recent years, the pressure of terrorism on the international scale has become increasingly obvious, especially after the September 11 incident in 2001, the pressure on terrorism faced by the world has increased unabated, which has caused all countries to strengthen criminal penalties. in order to effectively restrain terrorist criminal activities.

From the perspective of the development of terrorism legislation in western countries, not only has the substantive law increased penalties and weakened the basic principles and spirit of the criminal law, but also made changes in the litigation procedures to improve the judicial efficiency of criminal penalties for

² Guo Zhilong. The Chinese Realm of Preventing Sexual Criminalization: From the Perspective of the Comparison between Terrorism and Cybercrime // Legal Science. 2017 [2].

³ See: Cornford A. Preventive Criminalization // New Criminal Law Review. 2015. P. 1.

⁴ Horder J. Harmless Wrongdoing and Anticipatory Perspective on Criminalization / G R Sullivan & Ian Dennis (eds). Seeking Security : Pre-Emptying the Commission of Criminal Harms, Oxford and Portland, 2012. P. 93.

⁵ Ji Ying. Evaluation and Enlightenment of Preventive Criminal Justice in the UK // Politics and Law. 2014 [9].

⁶ Zhao Bingzhi. Selection of Latest Foreign Anti-terrorism Laws. China Legal Publishing House, 2008. P. 1011—1017.

terrorist crimes, targeted responses and regulation of terrorist crimes. In the Anti-Terrorism Act 2000, the United Kingdom through hold terrorism related items sin set will reach of criminal law on the auxiliary behavior that is not of real harm, and established by him since the card holds items has nothing to do with terrorism crime push the formulary of the burden of proof allocation pattern, to prevent and combat has brought great convenience.⁷ From the perspective of the legislative amendment of terrorism crime in China, it is mainly reflected in the improvement of the penalty level of terrorism crime, the increase of the penalty range of existing terrorism crime and the increase of the penalty type of terrorism crime.

In 2001, Paragraph 1 of Article 120 of the Criminal Law was amended in the Amendment (III) to the Criminal Law, raising the statutory punishment for organizing and leading terrorist organizations from 3 to 10 years to more than 10 years or life imprisonment, and adding a supplementary punishment of deprivation of political rights to those who participate in terrorist organizations.

For another example, the Criminal Law Amendment (IX) in 2015 further improved the penalty provisions for the crime of organizing, leading and participating in terrorist organizations: Article 120 of the Criminal Law increased the property penalty for the crime of organizing, leading and participating in terrorist organizations, specifically including confiscation of property, and different types of fine and selective penalty. It can be seen from the investigation of the specific provisions of the two amendments to the criminal law that the legislative subject has a clear idea on the amendment of the penalty for terrorist crimes, including the enhancement of freedom penalty, the increase of property penalty, and the addition of the additional penalty of deprivation of political rights. In addition, Criminal Law Amendment (VIII) the regulation shall not apply to the probation of terrorism crime, organized violent crime death sentence commuted, organized violence criminal sentenced to fixed-term imprisonment, life imprisonment for parole, given the regulations closely related to crime and terrorism, and indirectly increase the criminal penalties of terrorist crime.

2.3 . The legislation on terrorist crimes has become more stringent

Since 1997, legal provisions on terrorist crime legislation have been increasing in China. In addition to the Anti-Terrorism Law, the Cyber Security Law, and the Anti-Money Laundering Law, the criminal law has also continuously revised the terrorist crime provisions. It has reached a new height in the strictness of the law, and it is also clearly reflected in the

strictness of the legal network, which is in line with the strict spirit and requirements of the legal network for terrorism and crime, and has a practical legal basis for the risk management of terrorist activities. The strictness of the law is mainly reflected in the following aspects:

First, criminal law and pre-law develop simultaneously. From the perspective of the entire legal system, the criminal law is the guarantee law of other laws, the final law for terrorism crimes, and the last barrier to terrorism. Therefore, in addition to perfecting the criminal law provisions, it is also necessary to develop pre-regulations, including financial Legal systems for security, network security, personal information and anti-terrorism security legal system, etc. Until now, such legal systems have been basically established, together with criminal law norms to build a network of legal systems to deal with terrorist activities. "Up to now, China has established a relatively complete system of anti-terrorism laws, including the Criminal Law, the Criminal Procedure Law, the State Security Law, the Anti-Espionage Law, the Anti-Terrorism Law, the Law on the Management of Activities of Overseas Non-Governmental Organizations in China, the Cybersecurity Law, and the National Intelligence Law, etc."⁸

Second, the scope of conduct has continued to expand. The crime of organizing, leading, and participating in a terrorist organization was penalized for the first time in the 1997 Criminal Law. In the criminal structure of this crime, the behavior of organizing, leading, and participating in a terrorist organization are all practising behaviors, and other behaviors are regarded as non-practicing behaviors. For example, funding behaviors, helping behaviors, propaganda behaviors, possession behaviors, compulsory wearing of terrorist clothing or signs, etc., only play a role in promoting terrorist criminal activities. Subsequently, based on the policy needs for the treatment of terrorist crimes, the legal status of non-performing acts of terrorist crimes was continuously strengthened at the legislative level. For example, in criminal law amendment (III) appeared ready to implement terrorist, criminal law amendment (IX) set the funding terrorist, illegal possession of terrorism crimes, forced wear in terrorism clothing, signs of sin, promote terrorism, incitement to terrorism crimes charges.

With the development of the society, the expression forms of terrorist crimes will change, the criminal law norms will also change, and the objective expression ways of terrorist crimes will continue to enrich and improve. In this regard, German scholars have clearly pointed out that in the field of criminal substantive law, the shift of criminal accountability

⁷ Horder J. Op. cit. P. 93.

⁸ Xiao Wu. Continuous Improvement of China's Anti-terrorism Legal System // People's Daily. October 15 2018.

to the point before the criminal act has been carried out has become an important aspect of describing the trend of German criminal legislation.⁹

Third, this crime and related crimes develop together. In addition to the crime of terrorism, other crimes closely related to terrorist activities are also constantly improved in the amendment of the Criminal Law, so as to achieve the purpose of more effective regulation of terrorist activities. The Amendment to Criminal Law (III) stipulates that terrorist activity crime, drug crime, underworld organized crime and smuggling crime are the upstream crimes of money laundering crime, which expands the upstream types of money laundering crime.

The first article of Article 291 of the Criminal Law was added, that is, after the crime of gathering a crowd to disturb the order of public places and traffic order, the crime of putting false dangerous substances and the crime of fabricating and intentionally spreading false terrorist information were added, so as to effectively prevent the use of false terrorist information to disturb social order.

Fourth, the crime committed by natural person and the crime committed by legal person shall be punished simultaneously. In order to crack down on terrorist crimes economically and effectively prevent the legalization of illegal gains from terrorist activities, special provisions are made on unit crimes of money laundering crime, that is, the person in charge and other personnel directly responsible for unit crimes shall be convicted and punished according to money laundering crime. In addition, special provisions are made on the criminal responsibilities of units that finance criminal organizations for terrorist activities, provide training for terrorist organizations, organize, carry out terrorist activities, or train, recruit and transport personnel for terrorist activities.

Fifth, substantive law and procedural law are advancing together. The 2012 Criminal Procedure Law specifically stipulated technical investigation measures for terrorism and other crimes, including technical investigation, secret investigation and controlled delivery. Additional procedures for confiscation of illegal gains in major criminal cases such as terrorist activities; The addition of terrorist crimes as criminal cases of first instance under the jurisdiction of the Intermediate People's Court; Measures for the protection of witnesses, expert witnesses, victims and their close relatives of terrorism and other crimes have been added. It also stipulates that the residential surveillance of suspects suspected of terrorism and other crimes may be carried out at designated residences with the approval of the People's Procuratorate at the next higher level or the public security organ if it may hinder the investigation.

Analysis of the Value of Terrorism Crime Legislation

Legislation on terrorist crimes has positive significance. It is a timely response to social policies under the background of high social risks. It is also a reasonable manifestation of preventive criminal law in terrorist crime legislation. It has diversified value representations for effective terrorism crime management. Specifically, there are two dimensions: the unity of post-incident punishment and pre-prevention, and the combination of behavioral harm and the perpetrator's harm.

2.1. Ex post punishment and ex ante prevention are unified

The unity of punishment after the fact and prevention before the fact is discussed from the perspective of the essence of penalty. In different social stages, the value of the criminal law and the structure of the criminal law will have different manifestations, and there will be specific changes according to social changes and policy demands. Based on this, we can see that in the context of a risky society, the criminal law governance of terrorist activities needs to show characteristics different from traditional society from the legislative and judicial levels.

The concrete structure of crime and crime countermeasures are the phased products of social governance of crimes. Under different social models and stages, crime governance models and policy attributes will change differently. In the traditional social model, the social relationship is relatively simple, the social attributes are single, and the types of crimes and crime patterns are also simplistic. Therefore, the criminal mode of crime governance is relatively simple. In the pre-modern society, in view of the underdeveloped communication technology and network media, terrorist acts were usually limited to the traditional public crime, which caused relatively limited harm to the society, and the social people were not sensitive enough to terrorist crimes. Therefore, as with other types of crimes, there is no essential difference in the guiding ideology of criminal policy. It is basically based on the traditional moral responsibility and retribution thought to carry out criminal legislation and judicial discretion on terrorist crimes. Therefore, the specific structure and judicial strategies of this type of crime are relatively consistent with other types of crimes, which are based on the idea of retribution to construct the system and norms of punishing terrorist crimes.

Since Beck put forward the concept of risk society, risk society has become a theoretical model for

⁹ Ulrich G. Qi Bai. Criminal Law in Global Risk Society and Information Society / translated by Zhou Zunyou, Jiang Su, etc. China Legal Publishing House, 2012. P. 167.

analyzing social problems and governing criminal behavior. In other words, with the advent of the risk society, it has brought new challenges to the traditional risk governance mechanism of human society. Since modern risks are fundamentally different from traditional social risks in essence and characteristics, we must re-examine the traditional risk governance system and establish a new mechanism that meets the requirements of a risk society.¹⁰

As a result, the western social governance model began to change or even disintegrate under the influence of the risk society, and the risk society became the theoretical basis for analyzing and interpreting social problems. According to the theory of risk society, social risks are pervasive at all levels of society, especially the crises brought about by technological risks and institutional risks have far-reaching impact, and deconstruct traditional social structures in form and substance. Based on this, terrorism has also become a component of social risk and an important indicator of risk society. Andrew Ashworth, a scholar, believes that preventive change is the pre-control of personal danger for the purpose of risk control.¹¹

In China, the social attributes are more complex, including not only the traditional agricultural society, but also the modern society and the post-modern society. The risk types are more complex and the risk contents are relatively diversified, which is also an important reason why domestic scholars mostly include terrorism into the social risk.

In essence, terrorism is not the product of risk society. Terrorist activities have existed in modern society and pre-modern society. Of course, with the development of communications and network media, the manifestations, transmission methods and degree of harm of terrorism have all undergone tremendous changes. That is to say, under the new social background, terrorism is fundamentally different in form and content, and the public's feelings about terrorism are becoming more and more profound. Based on the new characteristics of terrorist crime pattern and substantial harm, the guiding ideology and values concept of criminal policy in tackling with terrorist crime also have a new orientation.

The means of criminal intervention begin to shift from post-punishment to pre-prevention, so as to achieve the goal of criminal law of preventing and controlling the occurrence of crimes in the early stage. The change of criminal policy reflects on the level of criminal legislation, which represents the value and attribute of preventive criminal law. We

can see that this policy orientation is very obvious in the Amendment to Criminal Law (IX), for example, increasing the behavior offense, implementing the preparatory behavior, helping the behavior to become a major offense, etc. "The construction of the current value system of anti-terrorism criminal legislation in China, on the one hand, should adapt to the social needs, on the other hand, should also be coordinated with the nature of criminal law and its position and function in the legal system, and must maintain the orderly and reasonable combination relationship of the basic value of law in the anti-terrorism field."¹²

The transformation from ex post punishment to prevention in advance is an important goal shift of the criminal law system in crime governance, as well as a significant change in the value orientation of criminal policies, which is in line with the public's expectation for the future development of criminal legislation. Based on this, the public is willing to tolerate the state's intervention in social life more in response to risks, and the concept of general prevention in criminal law is more prominent. In terms of legislation, the state further promotes the principle of expansionary conviction that there are risks and penalties.¹³

Therefore, in the coming period of time, with the in-depth discussion of risk society theory, we will continue to deepen the active intervention and prevention of terrorist crimes, and the specific content will be reflected in all levels of criminal legislation, criminal justice and criminal enforcement.

3.2. The harm of behavior is unified with the danger of perpetrator

The harmonization of behavior and the danger of perpetrators are discussed from the perspective of criminal law. The criminal charges in the criminal law are determined by the legislator based on the judgment of the harmfulness of the harmful behavior or the dangerousness of the perpetrator, and on the basis of social needs and policy demands.

Classical criminal jurisprudence attaches great importance to the harmfulness and degree of criminal behavior, regards behavior as the essential feature of crime, and the freedom of the actor's will is the basis of moral responsibility. Therefore, according to the classical criminal law, the criminal legislation often carries on the concrete investigation to the behavior structure, the harm behavior, the behavior result and causation and effect relationship are the important factors of the objective structure, conform the char-

¹⁰ Zhao Yandong. Risk society and Risk governance // Study Times. 2004 [3].

¹¹ Ashworth A. & Zedner L. Prevention and Criminalization: Justifications and Limits (2012) // New Criminal Law Review 2012. Vol. 15. N. 4. P. 546.

¹² Chen Jinlin. Reflection on the path of preventive anti-terrorism criminal legislation // The Procuratorial Daily Newspaper. 2016. 8. 2.

¹³ Guan Zhefu. The subject of legal interest theory in modern society / translated by Wang Chong // Law Press. 2008. P. 339.

acteristics of the objectivism criminal law. The enactment of criminal law in China in 1997 basically revolves around objectivism, and the criminal structure is also built around objective behavior. Therefore, social harmfulness is the essential feature of crime, consequential crime is the main type of crime, the attempted crime and preventive crime are not dealt with in principle, causality is an important factor to analyze the objective constitution, and intentional or negligent is the normative mode of responsibility.

With the deepening of social transformation, social risks are showing a trend of diversification and complexity. In view of the development of network technology, many criminal acts carried out through the network will infinitely magnify their harmful effects. Moreover, in the context of risk society, the social risks of many behaviors are characterized by uncertainty, unpredictability, and uncontrollable harm.

According to traditional criminal law theories and ideas, criminal legislation is often used to control and govern social risks. It is not ideal and cannot produce positive results. In addition, under the impetus of risk society theory, the policy value orientation of social problem governance has also changed, and it has become an important shift in criminal legislation from regulatory behavior to discipline of actors.

Based on this, domestic criminal law theories have begun to transform their knowledge, and German and Japanese criminal law theories have been favored. Criminal structure and accountability have changed accordingly. Traditional behaviorism has turned to actor humanism. Active general prevention has become the era of criminal policy. Both criminal legislation and criminal justice began to develop to a subjective criminal law model.

The subjectivism of criminal law is clearly manifested in criminal legislation, and the emphasis on personal danger has also begun to be manifested, and the main body of legislation is used as the legislative foundation to formulate criminal law clauses. In recent years, the UK has issued a series of preventive prohibitions for perpetrators of terrorist organizations, violent offenders and sex offenders as supplementary measures for criminal punishment, which restrict the freedom of action or qualification of the perpetrators in a period of time based on the illegal and criminal acts that have committed or will occur. Preventive prohibition is a kind of auxiliary prohibition, which is aimed at subjects who have not yet implemented new criminal acts or who have only dangerous personalities.¹⁴

As a result, we can see changes at the level of criminal legislation. For example, the harm result

gradually disappeared in the constitution of many crimes, causality was no longer a constituent element, and the traditional principle of guilt began to waver. Based on this, preparatory behaviors, holding behaviors, abstract dangerous behaviors, and helping behaviors that reflect personal danger have become the content favored by legislators, and new criminal structures and types are constructed accordingly to achieve the purpose of early intervention in criminal regulation. Of course, these contents fully reflect the status and role of personal danger in criminal legislation. In general, the change from the harmfulness of the behavior to the danger of the perpetrator is the era attribute and social reflection of the development of criminal law, and it has positive significance for embodying preventive criminal law policies and values.

Review on Terrorism Crime Legislation

The effects of terrorism crime legislation are obvious, and the scientificity and rationality of legislative provisions are gradually improving, which is of positive significance for effective management of terrorist activities and has laid a good foundation for terrorism crime legislation. It should also be noted that the provisions on terrorist crimes still have room for development in the design of penalties, and the connection with the Anti-Terrorism Security Law still needs to be improved. In other words, preventive manifestations¹⁵ not only include changes in the criminal justice system such as criminal law and criminal procedure law, but are also reflected in the increase in supplementary prohibitive measures closely related to this.

4.1. The analysis of the penalty provisions of terrorist crimes

Through the analysis of the seven provisions of terrorism crime in the criminal law, we can see that the design of penalty categories basically conforms to the relationship between the principles of criminal law and crime and punishment, which reflects the advanced and scientific nature of legislation. However, there is still room for further development in the design of penal measures, which is not conducive to embodying the coordination and rationality of the criminal law. The specific manifestations are as follows:

First of all, the statutory penalty for the crime of organizing, leading, and participating in terrorist organizations in Article 120 of the Criminal Law lacks provisions on confiscation of property. Except for the

¹⁴ Supplementary injunctions are stipulated by different separate criminal laws, such as the Criminal Justice and Court Service Act of 2000, the Sexual Offences Act of 2003, the Serious Organized Crime and Police Act of 2005, and the Criminal Justice and Criminal Justice Act of 2008. The Immigration Law, etc., authorize different courts, including Magistrates' court and County court, to issue injunctions to perpetrators to meet different judicial needs.

¹⁵ Zedner. Security. Routledge, 2009. 81–82.

crime of compulsory wearing of terrorist clothing, terrorist marks, and the crime of illegal possession of terrorist objects, other legal punishments for terrorist crimes include confiscation of property.

From the harmfulness of the act, the harmfulness of the crime of organizing, leading and participating in terrorist organizations is obviously more serious than other charges, but the severity of property punishment is lower than other charges, which violates the principle of balance of crime and punishment and the principle of integrity of criminal law. In particular, the crime of organizing, leading, and participating in terrorist organizations is often inseparable from financial support. Therefore, it is necessary to consider the confiscation of property in the allocation of penalties.

Secondly, the crime of advocating terrorism, extremism and inciting to carry out terrorist activities in Article 120 ter of the Criminal Law and the crime of forcing people to wear the clothing and symbols of advocating terrorism and extremism in Article 120 quv of the Criminal Law do not stipulate the deprivation of political rights. From other terrorism charges, deprivation of political rights as supplementary punishments are incorporated into the legal punishment, at the same time, the terrorism crime is often against the legitimacy of the government and social stability of terrorism, mostly with a strong political purpose and intention, are extremely destructive to national security and social stability. In view of this, it is not in line with the spirit of legislation not to impose deprivation of political rights on terrorist crimes, nor is it conducive to the governance of terrorist crimes.

Thirdly, there is no provision on life imprisonment for the crime of organizing, leading and participating in terrorist organizations in Article 120 of the Criminal Law. The provision of life imprisonment was added into the amendment of the provisions of the crime of corruption in the Amendment to Criminal Law (IX), which actively promoted and improved the penalty system of our country and had a great deterrent effect on corrupt personnel, which was in line with the spirit of active prevention of criminal policies in modern society. However, compared with the subjects of corruption crimes, terrorist criminals need to apply the criminal measures of life imprisonment to give full play to the special preventive function of the criminal law. Therefore, it can be considered to add the provision of life imprisonment to the provisions of the crime of organizing, leading and participating in terrorist organizations, so as to increase the punishment for terrorist criminals and the deterrent effect.

4.2. The value analysis of placement education in the pre-regulation

Article 30 of the Anti-Terrorism Security Law stipulates that for criminals of terrorist activities and ex-

tremist criminals who are sentenced to imprisonment or more, prisons and detention house, shall before they are released, based on their criminal nature, circumstances, and degree of social harm, and their performance during their sentences. And release, conduct social risk assessment on the impact on the community where they live. If the prisoner is assessed to be dangerous to society, the prison or detention house shall make suggestions on placement and education to the Intermediate People's Court of the place where the prisoner is serving his sentence, and shall send a copy of the proposals to the People's Procuratorate at the corresponding level.

The Intermediate People's Court of the place where a terrorist criminal serves his sentence shall, before his release from prison after serving his sentence, make a decision to order him to receive placement education after his release. If the decision on placement for education disagrees with the decision, the person may apply to the People's Court at the next higher level for reconsideration.

Placement education is a judicial measure to allow offenders to return to society based on the evaluation of the correction effect during the period of the sentence. Therefore, the placement education system is based on the assessment of the offender's personal danger and is the basis for judging whether the offender will be released after the execution of the sentence. To a certain extent, placement education is similar to the security measures in the criminal law of Western countries. They are more consistent in system settings, policy demands, and values, which conform to the value demands of social prevention and play a positive role in social security.

"As long as the perpetrator is not in danger of repeating the crime, or the danger disappears, security measures cannot be allowed or must be stopped. On the contrary, if the danger persists, security measures will be necessary. Personal danger is the essential element and foundation of security punishment, which also determines the implementation period of security punishment is often uncertain."¹⁶

In this sense, the provisions on placement education in the Anti-Terrorism Security Law are undoubtedly reasonable and meet the actual needs of the current state in dealing with terrorist crimes. In addition, from the perspective of legislative technology, the legislative mode of resettlement education is relatively scientific and reasonable.

To put it simply, this provision is to provide a full explanation for the actual effect of the education and reform of terrorist criminals during their imprisonment, that is, if the prison reform fails to meet expectations, the criminals are still in considerable personal danger and will bring unstable social effects once released. In other words, placement education

¹⁶ Otani M. General Essay on Criminal Law (New Version 2) / translated by Li Hong, China People's University Press, 2008.

is essentially an afterthought after the execution of the penalty, and is a security measure aimed at preventing terrorism.

The decision criterion of placement education is the personal danger of the perpetrator. The decision stage runs through the whole process of custody of the offender and can be made at any time. Therefore, in criminal justice, for criminals sentenced to fixed-term imprisonment, judicial organs should conduct social risk assessments before they are released. If they are assessed to be socially dangerous, they shall be ordered to receive the inevitable placement education after their release.

Therefore, the positive effect of placement education is beyond doubt, but the practical effect is not obvious. The reason is that there are still problems in the system setting, which leads to gaps in its practical application, and the placement education system hardly plays a practical role. To some extent, the provision of placement education in the Anti-Terrorism Security Law conforms to the principle of legal system and integrity, but there is no provision on placement education in the criminal law, that is, the legislative body does not include the placement education system in the criminal law norms. Therefore, it is worth thinking about how to activate the placement education system from the perspective of criminal justice, which can be considered from the following two aspects:

First, include the placement education system in the general provisions of the Criminal Law, clarify

the operating procedures and applicable subjects of the placement education system, and refine the application time, application process, and applicable subjects of the system, so that the judicial organs can initiate and apply the placement education system. In other words, the placement education system should be used as an effective supplement to penalties and play an active role in preventing terrorist crimes;

Second, set up a reasonable mechanism for personal risk judgment. Placement education cannot play a role. One of the obstacles is the lack of normative standards for personal risk judgments, which causes judicial subjects to take a negative attitude toward personal risk judgments. In order to actively promote the specific application of the judicial subject's choice of placement education system, it is necessary to build a proper evaluation mechanism for personal risk judgments. The evaluation elements include criminal behavior, reform effects, prison opinions, community suggestions, etc., which together constitute criminals the personal risk evaluation system.

"Only in countries with sound legal systems, strict substantive and procedural applicable conditions are set for such measures to prevent their abuse."¹⁷

According to the evaluation mechanism, a comprehensive assessment and judgment of the degree of physical danger of the offender can be made to determine whether the placement education system should be applied to the offender and, if so, for how long.

REFERENCE

1. Ashworth A. & Zedner L. Prevention and Criminalization: Justifications and Limits [2012] // *New Criminal Law Review*. — 2012. — Vol. 15. — N. 4.
2. Blair T. Britain Must Never be Afraid to Fight Terrorists // *The Independent*. — 13 March 2004.
3. Chen Jinlin. Reflection on the path of preventive anti-terrorism criminal legislation // *The Procuratorial Daily Newspaper*. 2018.
4. Comfort A. Preventive Criminalization // *New Criminal Law Review*. — 2015.
5. Guan Zhefu. The subject of legal interest theory in modern society // *Law Press*. 2008.
6. Guo Zhilong. The Chinese Realm of Preventing Sexual Criminalization: From the Perspective of the Comparison between Terrorism and Cybercrime // *Legal Science*. — 2017 [2].
7. Horder J. Harmless Wrongdoing and Anticipatory Perspective on Criminalization // *Seeking Security: Pre-empting the Commission of Criminal Harms*, Oxford and Portland, — 2012.
8. Ji Ying. Evaluation and Enlightenment of Preventive Criminal Justice in the UK // *Politics and Law*. — 2014. — N 9.
9. Otani M. General Essay on Criminal Law (New Version 2) // China People's University Press, 2008.
10. Ulrich G. Qi Bai. Criminal Law in Global Risk Society and Information Society. — China Legal Publishing House, 2012.
11. Xiao Wu. Continuous Improvement of China's Anti-terrorism Legal System // *People's Daily*. — October 15 2018.
12. Zhao Bingzhi. Selection of Latest Foreign Anti-terrorism Laws. — China Legal Publishing House, 2008.
13. Zhao Yandong. Risk society and Risk governance // *Study Times*. — 2004. — N 3.

¹⁷ Shi Yan'an. The Termination of the Reeducation through Labor System and the Legalization of Security Measures // *Chinese Law*. 2013 [1].

Комплексная характеристика биологического терроризма¹ Comprehensive characterization of biological terrorism

Е. Н. Холопова,
доктор юридических наук, кандидат психологических наук, профессор,
старший научный сотрудник Юридического института
Балтийского федерального университета
имени И. Канта, Россия
elchol@mail.ru

E. N. Kholopova,
Dr. Sci. (Law), Cand. Sci. (Psychological), Professor,
Senior Researcher at the Law Institute
of the Kant Baltic Federal University, Russia
elchol@mail.ru

© Е. Н. Холопова, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.180-184

Аннотация. Рассматривается комплексная характеристика биологического терроризма как особо опасного явления, угрозы национальной безопасности государств, преступления международного характера, деструктивного механизма, влияющего на изменение и реформирование общественных отношений. Комплексная характеристика интегрирует знания из многих отраслей наук, включает следующие элементы: уголовно-правовые, криминологические, криминалистические и другие, которые взаимосвязаны между собой и определяют меры обеспечения национальной безопасности государств при возможном несанкционированном применении биологических средств.

Ключевые слова: биологический терроризм, комплексная характеристика, биологическое оружие, угроза, меры борьбы, опасные инфекции.

Abstract. The article considers the complex characterization of biological terrorism as a special dangerous phenomenon, a threat to the national security of states, a crime of an international nature, a destructive mechanism that affects the change and reformatting of public relations. The complex characteristic integrates knowledge from many branches of science, includes the following elements: criminal law, criminology, criminology, and others, which are interrelated and determine measures to ensure the national security of states in the event of possible unauthorized use of biological agents. The study was supported by the Russian Foundation for Basic Research in the framework of the project "Ethical and Legal Principles of Genomic Research: Limits of interference in human rights", RFBR project No. 18-29-14015/20. The study was supported by the Russian Foundation for Basic Research in the framework of the project "Ethical and Legal Principles of Genomic Research: Limits of interference in human rights", RFBR project No. 18-29-14015/20.

Keywords: biological terrorism, complex characterization, biological weapons, threat, control measures, dangerous infections.

Биологический терроризм на современном этапе развития общества представляет собой одну из самых опасных и глобальных угроз человечества, которая «маскируется» под биологические акты, несчастные случаи, чрезвычайные происшествия при работе с биологическими материалами в научных исследованиях и на произ-

водстве биопрепаратов, вспышки особо опасных инфекционных заболеваний.

Для России проблема борьбы с биотерроризмом крайне актуальна, что подтверждается и соответствующими принятыми доктринальными документами: Стратегией национальной безопасности Российской Федерации, Стратегией раз-

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований в рамках проекта «Этико-правовые принципы геномных исследований: пределы вмешательства в права человека», проект РФФИ № 18-29-14015/20.

вития здравоохранения в Российской Федерации на период до 2025 года, Основами государственной политики Российской Федерации в области обеспечения химической и биологической безопасности на период до 2025 года и дальнейшую перспективу².

Таким образом, государство признает необходимость противодействия данному опасному явлению, связанному с разработкой и в дальнейшем использованием биологического оружия, совершением актов биотерроризма (далее — БТ).

Биологический терроризм — это преступление против стабильности международных отношений, международного правопорядка. Он определяется как «преднамеренное распространение вирусов, бактерий или других агентов с целью вызвать болезнь или смерть людей, а также гибель животных или растений»³. Биологический терроризм как особо опасное явление, угроза национальной безопасности государств, преступление международного характера, деструктивный механизм, влияющий на изменение и переформатирование общественных отношений имеет комплексную характеристику, интегрирует знания из многих отраслей наук (криминалистики, криминологии, биологии, международного права, уголовного права и др.).

Комплексная характеристика БТ включает следующие элементы: уголовно-правовые (объект преступления, территория, субъект и др.); криминалистические («следовая картина», способ совершения, использование специальных знаний и др.); криминологические (взаимосвязь террористической деятельности с развитием отношений в сфере биотехнологий, меры борьбы с угрозами БТ и др.), которые взаимосвязаны между собой.

Биологический терроризм, как одна из наиболее опасных разновидностей терроризма, в качестве *объекта преступления* имеет безопасность человечества, мир и санитарно-эпидемиологическую безопасность. Для совершения таких преступлений имеет значение массовость поражаемых объектов или количество смертей; поражение объектов животного мира, являющихся стратегически важными ресурсами для государства (например, крупный рогатый скот, домашняя птица, рыба). Совершение акта биотерроризма, как правило, связывают с использованием оружия массового поражения (как вид биологического или бактериологического оружия).

Территориальная распространенность деяния (в данном случае заражение территорий) не может не влиять на установление обстоятельств совершения теракта. Возникают серьезные проблемы с определением места совершения преступления и выявлением общественно опасных последствий, что, как правило, определяется территорией нескольких государств или территориями, не попадающими под юрисдикцию ни одного государства.

Биологическую войну можно развязать в любой точке мира, опасные последствия могут проявиться на территории многих государств. Биологическое оружие предназначено для массового поражения людей, растений и животных, в отдельных случаях — для повреждения защитных объектов, средств коммуникаций, техники и других материально-технических средств. Поэтому последствия террористических актов с применением биологического оружия представляются катастрофическими (уровень смертности может быть гораздо выше, чем при поражении другими видами оружия).

Совершение актов биотерроризма, как правило, осуществляется криминальными группами (группой лиц по предварительному сговору, организованной группой или преступным сообществом (преступной организацией), в том числе и транснациональными террористическими организациями. Создание, внедрение, транспортировка и фактическое применение биологического оружия требуют наличия знаний в разных областях, финансирования такой сложносоставной деятельности, а также разработанного плана поэтапного совершения преступления. Иной, менее очевидный, вариант личности преступника может выражаться в совершении преступления лицом самостоятельно (например, террористом-одиночкой). Однако для совершения столь сложного преступления его субъекту потребуются специальные знания в естественных науках.

Следовая картина актов БТ имеет свою специфику информативности, что влияет на их распознавание, диагностику складывающихся ситуаций, требует привлечения к раскрытию и расследованию разных специалистов. Биологическое оружие применяется, как правило, незаметно, имеет замедленное действие, масштабы его распространения связаны с заразностью и устойчивостью к определенным условиям биологических организмов.

² См.: Указ Президента РФ от 31 декабря 2015 г. № 683 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации» // СПС «Гарант»; Указ Президента РФ от 6 июня 2019 г. № 254 «О Стратегии развития здравоохранения в Российской Федерации на период до 2025 года» // СПС «Гарант»; Основы государственной политики в области обеспечения химической и биологической безопасности Российской Федерации на период до 2025 года и дальнейшую перспективу (утв. Президентом РФ 1 ноября 2013 г. № Пр-2573) // СПС «Гарант».

³ Centers for Disease Control and Prevention. Webpage Emergency Preparedness and Response. Specific hazards. Bioterrorism. Available from: URL: <http://www.bt.cdc.gov/bioterrorism> (accessed: 12.12.2015).

Воспроизведение инфекций может значительно увеличить масштаб поражения. Следовая картина отдельных актов БТ такая же, как и при проявлении отдельных эпидемий и инфекций, что затрудняет их распознавание. Можно утверждать, что террористические акты могут быть замаскированы под естественно возникшие вспышки или эпидемии различных заболеваний. В перспективе можно прогнозировать атаки биотеррористов и коммерческих конкурентов с использованием вирусного оружия под видом экологической катастрофы. Полагаем, что основная сложность в обнаружении и фиксации следов таких преступлений связана с выбором конкретного вида биологического агента, а также фактического орудия совершения преступления.

Особый способ совершения террористических актов с использованием биологического оружия. В научной литературе описаны два принципиальных подхода к конструированию боевых патогенных биологических агентов: «а) перенос ранее существовавшего патогена от одного хозяина на другого, сопровождающийся тяжелым течением заболевания вследствие отсутствия адаптации у организма нового хозяина к воздействию патогена; б) появление новых патогенных свойств у уже известного биологического агента, обычно реализуемых в ходе горизонтального переноса генов»⁴.

Другой возможностью для биотеррористов является вероятность получения ими доступа к биологическим агентам, разработанным в результате военных программ государств, и коллекциям патогенных микроорганизмов. Так, например, «в США в научно-исследовательских работах в области создания средств биологического воздействия занято приблизительно 30 военно-исследовательских центров и 70 гражданских подрядных организаций (фирм, научно-исследовательских институтов и университетов). Соответствующая работа ведется по трем основным направлениям: использование малоизвестных или не применявшихся ранее в “подрывных” целях микроорганизмов и представителей фауны и флоры в качестве средств биологического воздействия; физико-химическая модификация ранее известных средств биологического воздействия; использование методов генной инженерии для создания новых,

неизвестных в природе средств биологического воздействия»⁵.

К настоящему времени перечень патогенов вирусной природы, использование которых вероятно при осуществлении актов БТ, сокращен до 20⁶, тогда как ранее их число доходило до 40—50. Спектр патогенов бактериальной природы по-прежнему невелик — основными из них остаются возбудители сибирской язвы, чумы, туляремии. В современных условиях существует реальная опасность несанкционированного применения биологических средств с террористической целью, т.е. доставка из-за рубежа возбудителей опасных инфекций в Российскую Федерацию и другие страны.

Так, например, Федеральная служба по ветеринарному и фитосанитарному надзору России была обеспокоена тем, что «по сообщениям в СМИ в готовой мясной продукции, ввезенной из Китайской Народной Республики в Японию, в ручной клади пассажира обнаружен геном африканской чумы свиней»⁷. В этой связи было разработано соответствующее письмо Россельхознадзора, которое обязывало руководителей территориальных управлений Россельхознадзора в целях защиты территории Российской Федерации от возможного заноса из Китайской Народной Республики указанного заболевания принять меры по усилению пограничного ветеринарного контроля при ввозе всех видов подконтрольных госветнадзору грузов из Китайской Народной Республики. Такие факты завоза должны тщательно расследоваться, и им должна быть дана соответствующая правовая оценка.

Взаимосвязь террористической деятельности с развитием отношений в сфере биотехнологий. Сфера биотехнологий (Biotech) является одной из наиболее быстро развивающихся высокотехнологических областей, обладает огромным экономическим и военным потенциалом. В настоящее время многие государства имеют мощнейшие научные и производственные возможности в биотехнологической, микробиологической, гено-инженерной сфере, в том числе обладают коллекциями всевозможных патогенов и биоагентов.

Например, в Китае наблюдается двукратный рост биотехнологий. Биотехнологический сектор рассматривается в Китае и на международном

⁴ Гущин В. А., Мануйлов В. А., Макаров В. В., Ткачук А. П. Надлежащая организация системы биобезопасности как средство снижения уязвимости общества, экономики и государства перед биогенными угрозами // Вестник РГМУ. 2018. № 4. С. 5—21.

⁵ Проценко Е. А., Смышляева К. А., Смышляев В. А. Экологическое оружие в контексте проблематики безопасности России: политические и лингвоинформационные аспекты // Синергия наук. 2016. № 6. С. 779—793.

⁶ Schmaljohn A., Hevey M. Medical Countermeasures for Filoviruses and Other Viral Agents. Biological Weapons Defense: Infectious Diseases and Counterbioterrorism / ed. by L. E. Lindler, F. J. Lebeda and G. W. Korch. Totowa, New Jersey : Humana Press, 2004. 239—53.

⁷ Письмо Федеральной службы по ветеринарному и фитосанитарному надзору от 25 октября 2018 г. № ФС-КС-7/27031 // СПС «Гарант».

уровне, как центральная область национального научного и экономического развития⁸. Китай лидирует и по количеству клинических исследований в таких ключевых битехнологиях, как CAR-T, где количество патентов и клинических испытаний в Китае превышает аналогичные показатели в США. Заметим, коронавирус COVID-19 также является химерным вирусом, т.е. созданным по технологии CAR-T⁹. Власти страны, присоединившейся к КБТО в 1984 г., постоянно заявляют, что никогда не исследовали и не производили биологическое оружие. Тем не менее несомненно, что в стране имеется научный и производственный потенциал для его создания.

Одни и те же биотехнологии могут быть и полезны, и нанести колоссальный вред. В связи с этим, например, Разведывательное сообщество США включило технологию редактирования генома в список «оружия массового уничтожения» (weapons of mass destruction)¹⁰. Успехи современной синтетической биологии дают основания полагать, что в ближайшее время можно ожидать появления доступных методов синтеза новых организмов с заданными (программируемыми) свойствами для различных фундаментальных и прикладных целей. С помощью синтетической биологии возможно «проводить разработку и синтез вирусов и бактерий с заданными свойствами в террористических и военных целях»¹¹. По состоянию на начало августа 2020 г., по данным ВОЗ, нет твердой уверенности относительно происхождения коронавируса COVID-19 (естественный или искусственный путь), а также и места его происхождения.

Привлечение специалистов как для совершения актов БТ, так и для противодействия преступлению, связанным с биологическим оружием. Реальные угрозы совершения биотерроризма обусловлены ростом числа специалистов — биотехнологов и достаточно доступной информацией, которая касается технологии по производству биологических препаратов¹². Вместе с тем, как

пишут отдельные исследователи, степень угрозы БТ к настоящему времени значительно снизилась, так как существуют «сложности с поиском и привлечением к подготовке предполагаемой биоатаки специалистов, способных руководить и (или) вести работы с патогенами вирусной или бактериальной природы, стоящие на грани собственно исследовательской деятельности и требующие соответствующего лабораторного оснащения и опыта»¹³.

Система межгосударственных мер борьбы с угрозами распространения БТ, новых и скрытых форм биологического оружия массового уничтожения. Конвенция о запрещении биологического оружия не гарантирует эффективного международного контроля ее реального исполнения. Любое государство, подписавшее Конвенцию, может продолжать разработку биологического оружия под прикрытием исследований по программам защиты¹⁴.

На современном этапе увеличивается количество государств, обладающих научно-производственным потенциалом в сфере биотехнологии, микробиологии, генной инженерии, а также имеющих коллекции патогенных биологических агентов. Терроризм в различных его проявлениях регистрируется во всех странах мира. В условиях начала XXI столетия проблематика БТ начинает признаваться важнейшей из основных угроз национальной безопасности в странах Европейского Союза, Соединенных Штатах Америки, Канаде, а также в ряде других стран¹⁵.

Сотрудничество и взаимодействие государств в борьбе с угрозой БТ определяется международно-правовыми основами данной деятельности. Так, например, в рамках межгосударственного сотрудничества стран СНГ создается единая система организационно-правовых мер противодействия угрозам БТ, применения новых и скрытых форм биологического и химического оружия массового уничтожения, обеспечения антитеррористической защищенности биологически опасных объектов¹⁶.

⁸ URL: https://wikichi.ru/wiki/Biotechnology_industry_in_China. дата обращения: 11.04.2021).

⁹ URL: <https://zen.yandex.ru/media/vpoanalytics/raspolagaet-li-kitai-biologicheskim-oruzhiem-5eb3d9bf2027132c419e7519> [дата обращения: 11.04.2021].

¹⁰ Карцхия А. А. Правовые механизмы биобезопасности // Социальные новации и социальные науки. М. : ИНИОН РАН, 2020. № 1. С. 119—127.

¹¹ Гущин В. А., Мануйлов В. А., Макаров В. В., Ткачук А. П. Указ. соч. С. 15.

¹² Онищенко Г. Г., Топорков А. В., Липницкий А. В., Викторов Д. В. Проблемы противодействия биологическому терроризму на современном этапе // Инфекционные болезни. Новости. Мнения. Обучение. 2016. № 1 (14). С. 24—31.

¹³ Лобзин Ю. В., Лукин Е. П., Лукин П. Е., Усков А. Н. Биотерроризм в ряду биологических угроз: прошлое и настоящее // Медицина экстремальных ситуаций. 2018. № 20 (1). С. 8—21.

¹⁴ Маркович И., Симонова А. Биологическое оружие: Проблемы распространения, терроризма, политика противодействия. М. : Издательство ЛКИ, 2011. С. 17.

¹⁵ Онищенко Г. Г., Меры по противодействию биологическому терроризму в Российской Федерации // Журнал микробиологии. 2005. № 4. С. 33—37.

¹⁶ Ступаков В. И. О мерах противодействия распространению биологического, химического оружия и других биохимических угроз в целях обеспечения безопасности стран СНГ: международные и национальные механизмы

Различный уровень урегулирования сфер изучения патогенов и разработки новых биотехнологий в разных странах создает определенные проблемы при согласовании международных договоров и национальных актов по борьбе с БТ в разных странах. Опасность применения биологического оружия террористами и возможность воздействия биологических агентов на гражданское население заставили государственные организации разных стран и международные организации готовить планы ответных мер, находить способы пресечения актов БТ.

Национальные планы противодействия БТ должны являться составной частью планов по борьбе со вспышками инфекционных заболеваний, химическими и радиологическими инцидентами. Определенным средством противодействия биотерроризму служит Всеобщая декларация о биоэтике и правах человека (ЮНЕСКО, 2005), которая не только декларирует обязанности сохранять биоразнообразие в качестве общей задачи человечества, но и требует от государств-участников принятия надлежащих мер для борьбы с БТ и незаконным оборотом органов, тканей, образцов, генетических ресурсов и генетических материалов.

Результаты обобщения аналитических материалов по проблемам борьбы с опасными инфекциями свидетельствуют, что на современном этапе ни одна из стран не способна в достаточной степени противодействовать биотеррористической угрозе. Таким образом, особо опасные инфекции продолжают оставаться угрозой здоровью населения и экономике всех государств.

Данные инфекции могут возникать и распространяться как естественными, так и преднамеренными путями. Поэтому каждое государство обязано соблюдать международные правила по запрету на создание и использование биологиче-

ского оружия и национальные правила биобезопасности и биозащиты при расследовании случаев, подозрительных на особо опасные инфекции у людей и животных, лабораторной работе с особо опасными патогенами и проведении полевых исследований в природных очагах.

Для обеспечения национальной безопасности государства при возможном несанкционированном применении биологических средств необходимы:

- осуществление единой системы мониторинга для выявления биологических угроз;
- работа спецслужб со специалистами-биотехнологами, исследователями в области генно-инженерной деятельности, которые не смогли найти применение своим знаниям в государственных научно-исследовательских центрах;
- обучение специалистов, вовлеченных в эпиднадзор за патогенами, по программам, включающим ограниченную, но правильно выбранную группу биологических агентов;
- подготовка специалистов медслужбы, криминалистов, экспертов, следователей по вопросам особенностей проявления инфекций при применении вероятным противником биологических средств с террористическими целями;
- проведение тренингов медицинских и лабораторных работников, работников эпидемиологической службы и ветеринарного контроля для надлежащего контроля за особо опасными инфекциями;
- ведение профилактической работы среди населения, разработка соответствующих программ для просвещения населения относительно новых опасных инфекций;
- разработка специальных медицинских стационаров с высоким уровнем защиты для госпитализированных инфекционных больных и медицинского персонала.

Современные коммуникационные проблемы научного общения

Специфика межкультурного профессионального общения представителей правовых культур России и КНР Specific nature of intercultural professional communication of members of Russian and Chinese legal cultures

С. Ю. Буденная,
старший преподаватель
кафедры английского языка
Московского государственного
юридического университета
имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Россия
syubudennaya@msal.ru

S. Y. Budennaya,
Senior lecturer
at the English language department,
Kutafin Moscow
State Law University (MSAL), Russia
syubudennaya@msal.ru

© С. Ю. Буденная, 2021

DOI: 10.17803/2587-9723.2021.4.185-189

Аннотация. В статье рассматриваются специфические особенности профессионального диалога российских и китайских юристов с особым акцентом на социокультурные расхождения, возникающие в рамках общения в межкультурном правовом поле. Анализируется потенциал английского языка как общего кода коммуникации представителей юридической профессии двух стран. Автор приходит к выводу о необходимости учета социокультурного компонента в обучении будущих юристов межкультурной профессиональной коммуникации.
Ключевые слова: социокультурный, межкультурный, правовое поле, правовая культура, специфика.

Abstract. The article dwells on specific nature of professional dialogue of Russian and Chinese lawyers with an emphasis on sociocultural differences arising in communication within the framework of intercultural legal space. The potential of the English language as a common code of communication for members of legal profession of the two states is analyzed. The author concludes that it is necessary to take into consideration sociocultural component in teaching lawyers intercultural professional communication.

Keywords: sociocultural, intercultural, legal space, legal culture, specific nature.

Продолжающиеся процессы глобализации в современном обществе приводят к расширению границ межкультурного профессионального взаимодействия в различных сферах деятельности людей.

Вместе с тем профессиональное сотрудничество в межкультурном пространстве обнаружи-

вает ряд серьезных и наболевших проблем социокультурного характера, которые встают на пути специалистов при осуществлении межкультурной профессиональной коммуникации. Особенно остро социокультурные различия ощутимы в общении юристов, где одна из сторон, к тому же, представляет восточную культуру.

В рамках данной статьи мы предпримем попытку проанализировать специфику межкультурного профессионального общения представителей правовых культур России и Китая с точки зрения выявления определенных социокультурных противоречий, неизбежно оказывающих влияние на успешный исход профессионального диалога юристов двух стран.

В первую очередь упомянем, что китайская культура, в соответствии с классификацией американского антрополога Э. Холла, принадлежит к так называемым «высококонтекстным» культурам, в которых многое определяется неязыковым контекстом, скрытыми смыслами.

Известный нидерландский социолог Г. Хофстеде, в течение нескольких лет проводивший исследования национальных различий между странами по всему миру, после проведения опроса сотрудников филиала корпорации IBM, расположенного в Китае, на предмет определения индекса долгосрочной ориентации (планирование будущего), сделал вывод о необходимости учета влияния конфуцианства на культуру данной страны. Опрос показал высокий индекс долгосрочной ориентации в Китае (118 баллов) в сравнении с другими странами; а в России такой показатель не достиг и 80 баллов¹.

Социокультурные различия в мышлении, обусловленные многовековым влиянием традиций, находят свое отражение и в социолингвистической специфике общения с представителями китайской культуры. Приведем сопоставление нескольких примеров элементов культуры общения в русском и китайском языках:

1. *Приветствие.* По сложившейся традиции носители русского языка приветствуют другое лицо от своего лица («Рады приветствовать Вас», «Разрешите поприветствовать Вас», и т.д.). В китайском же языке при встрече принято приветствовать не от своего, а от третьего лица (например, от имени директора или даже всей организации) («代表...表示欢迎»). Приветствие от своего лица может быть воспринято как неполноценное, незавершенное высказывание.

2. *Согласие.* В речевой модели русского языка согласие обычно выражается короткими фразами подтверждения или одобрения услышанного («Согласны с Вами», «Вы правы», «Мы думаем также», и т.п.). В китайском же языке существует целая палитра моделей для выражения согласия.

Например, говорящий может подчеркнуть, в какой степени он согласен с предложенным (百分之百 — на сто процентов, целиком и полностью; 十分 — очень, весьма и т.п.). Примечательно, что выраженное в речи первоначальное согласие впоследствии вполне может обернуться отказом, так как в соответствии с китайским этикетом несогласие нельзя высказать сразу же и категорично, его необходимо смягчить, обойти, не прибегая к резким выражениям. Такая модель речевого поведения очень устойчива, поскольку является неотъемлемой чертой китайского менталитета.

3. *Комплимент.* В отличие от коммуникативной культуры говорящих на русском языке, в которой в основном принято принимать комплимент, реагируя на него либо вербально — с благодарностью, либо не вербально — с помощью улыбки или кивка, в китайской культуре общения подобная модель взаимодействия вряд ли уместна. В китайской культуре с древних времен хорошим тоном считается всяческое отрицание или, по крайней мере, приуменьшение своих заслуг и способностей (哪里, 还差得远呢 — что Вы, до этого еще далеко и т.п.). Принятие комплимента или похвалы может быть расценено как признак нескромности или невоспитанности².

Подобные социолингвистические несоответствия демонстрируют очевидные расхождения коммуникативных параметров двух культур общения. При осуществлении же коммуникации в рамках межкультурного правового поля ситуация осложняется и различием правовых традиций.

Правовую систему Китая нередко называют уникальной. Такое определение, на наш взгляд, является вполне обоснованным, ведь она представляет собой уникальное сочетание норм социалистического, международного права и традиционного права Китая (конфуцианство, легизм). Последнее оказало огромное влияние на современный облик китайского права. Известный исследователь современного права Китая П. В. Трощинский в своей работе, посвященной комплексному исследованию правовой системы Китая, приводит перечень правовых традиций, повлиявших на становление китайской правовой культуры, в том числе в Гонконге, Макао и Тайване³ (см. таблицу).

Как видно из таблицы, влияние традиционного права Китая повсеместно, что, в свою очередь, демонстрирует большой авторитет традиций Древ-

¹ Науменко Т. В., Морозова Д. А. Теория межкультурных измерений Г. Хофстеде как методологическая основа исследования современных социальных процессов // Международный журнал исследований культуры. 2018. № 1 (30). С. 144—154.

² Буденная С. Ю. К проблеме обучения Lingua Franca с позиций разных правовых культур // Вестник Московского государственного лингвистического университета. Образование и педагогические науки. 2020. Вып. 4 (837). С. 60—70.

³ Трощинский П. В. Правовая система Китайской Народной Республики: становление, развитие и характерные особенности // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2015. № 5. С. 99—117.

Правовые традиции, повлиявшие на становление китайской правовой культуры

Континентальный Китай	Гонконг	Макао	Тайвань
1. Романо-германская правовая семья 2. Англосаксонская правовая семья 3. Советское право 4. Традиционное право Китая	1. Англосаксонская правовая семья 2. Традиционное право Китая	1. Романо-германская правовая семья 2. Традиционное право Китая	1. Романо-германская правовая семья 2. Англосаксонская правовая семья 3. Традиционное право Китая

него Китая в правосознании китайских граждан. Такая специфика правовой традиции также находит свое отражение и в юридическом письме, в котором еще с древних времен приветствуется лаконизм: мысли выражаются посредством всего лишь четырех иероглифов, которые, однако, несут глубокое содержание. Эта особенность юридического письма сохраняется и в наше время, что затрудняет перевод китайских юридических документов на другие языки (например, 同工同酬 — обеспечение женщинам равного с мужчинами вознаграждения за равный труд; 过失犯罪 — совершение преступления по неосторожности⁴).

Не меньше затруднений может вызвать и процесс заключения договора, так как заключение договоров в китайской правовой культуре имеет ряд специфических особенностей: например, отсутствие на законодательном уровне такого понятия российского права, как «существенное условие договора»; первостепенность печати по отношению к подписи при заключении договора; право представителя организации подписывать документы без доверенности и т.д.⁵

Кроме того, как известно, основным языком международного общения, в том числе профессионального, в силу ряда причин признается английский язык. Рассматривая возможность его использования в профессиональном общении в рамках межкультурного правового поля с участием партнеров из КНР, обнаруживаем, что ресурс английского языка не может быть исчерпывающим при передаче юридических смыслов понятий, не принадлежащих англосаксонской правовой культуре. В качестве примера приведем одно из наиболее частых юридических понятий.

Мошенничество — в уголовном праве России это одно из преступлений против собственности, ненасильственная форма хищения. Преступление состоит в завладении чужим имуществом или приобретении права на имущество путем обмана либо злоупотреблением доверием (ст. 159 УК РФ)⁶.

Fraud — the name given to the actions that are meant to mislead and deceive that may not have been the original intent. Fraud consists of some deceitful practice or willful device, resorted to with intent to deprive another of his right, or in some manner to do him injury⁷.

诈骗—其诈骗取财物 (завладение чужим имуществом или денежными средствами обманом путем⁸ (Перевод наш. — С. Б.).

Очевидно, что определения данного понятия в русском и китайском языках более конкретные, в отличие от определения в английском языке, где данное понятие оказывается более широким. Представленные дефиниции такого частотного понятия, как «мошенничество» на примере русского, китайского и английского языков, а также проведенное нами в предыдущих изысканиях глубокое исследование потенциала английского языка как общего языкового кода для участников межкультурного правового диалога⁹, в том числе с китайскими партнерами, выявляет расхождения юридических смыслов понятий, используемых коммуникантами, представляющими российскую, китайскую и английскую правовые культуры.

Следовательно, немаловажным фактором в российско-китайском юридическом общении становится выбор языка такого общения, ведь использование английского языка не может в пол-

⁴ Доу Кэюнь. Юридическая лингвистика как научный предмет в Китае // Юрислингвистика. 2007. № 8.

⁵ Краткий обзор китайского права // URL: https://www.mk-law.ru/delyus-znaniyami/knowledge_16.html.

⁶ Большой юридический словарь // URL: <https://juridical.slovaronline.com/>.

⁷ Black's law online dictionary // URL: <https://alegaldictionary.com/page/3/?s=fraud>.

⁸ Современный汉语规范词典2004.

⁹ См.: Буденная С. Ю. К проблеме использования английского языка как Lingua Franca профессионального общения юристов в XXI веке // Вестник Московского государственного лингвистического университета. Образование и педагогические науки. 2019. № 4 [833]. С. 29—40; Она же. К проблеме обучения Lingua Franca с позиций разных правовых культур.

ной мере гарантировать достаточное понимание получаемой от собеседника информации.

Таким образом, для изучающих право Китая в России и изучающих право России в Китае представляется целесообразным изучать китайский и русский язык, соответственно. Бесспорно, и тот, и другой язык, особенно китайский, являются языками высокой степени сложности. Однако в сложившихся условиях такое взаимное изучение языков позволит получить более глубокое понимание социокультурных особенностей двух культур, что, в свою очередь, положительно повлияет на адекватность восприятия правовой специфики в рамках общения в межкультурном правовом поле.

Приведенный нами анализ отдельных характерных черт как китайской культуры общения в целом, так и правовой культуры в частности, лежащих в основе существующих трудностей профессиональной коммуникации юристов, позволяет сделать вывод о необходимости поиска путей преодоления затруднений, обусловленных социокультурным характером взаимодействия в межкультурном правовом пространстве.

Поскольку изначально овладение юристами основами межкультурной коммуникации происходит в рамках обучения в учебном заведении, то особое внимание в содержании обучения должно уделяться, на наш взгляд, именно социокультурным знаниям в профессиональной сфере, как в процессе обучения предметным знаниям, так и иностранному языку по специальности.

Значительным шагом вперед, с точки зрения ознакомления со спецификой (в том числе терминологической) современных правовых систем, а также формирования систематизированных знаний об их истории, современном состоянии, взаимовлиянии и взаимодействии¹⁰, стало включение в образовательные программы отечественных вузов такого необходимого, на наш взгляд, курса как «Сравнительное правоведение», особенно при подготовке юристов международного профиля. Однако в рамках такого курса акцент в основном делается на изучение доминирующих в современ-

ном юридическом сообществе англосаксонской и романо-германской правовых культур. Китайской же правовой системе не уделяется должного внимания, а зачастую и вовсе предлагается изучить студентам самостоятельно. Более глубоким изучением китайского права занимаются ученые, уже получившие высшее образование и желающие связать свою профессиональную деятельность с правовой традицией КНР.

В сложившихся условиях, проводимые в последние годы совместные российско-китайские мероприятия, посвященные вопросам юридического образования и сотрудничества юридических сообществ России и КНР, становятся необходимым инструментом решения рассмотренных нами в рамках данной статьи вопросов, касающихся профессионального общения представителей правовых культур двух стран. Осуществляемые в рамках таких форумов совместные исследования ученых-юристов позволяют углубиться в социокультурную специфику правовых традиций, знание особенностей которых позволит в дальнейшем решать различные вопросы международного права.

В завершение отметим, что сфера юриспруденции настолько обусловлена национально-культурной спецификой, что при подготовке юридических кадров невозможно сегодня обойтись без овладения будущими юристами умениями, позволяющими осуществлять профессиональное общение с партнерами из любых лингвосоциумов в ходе диалога в межкультурном правовом поле. Выявление, освоение и учет «скрытых смыслов» в практической деятельности современного юриста должны стать приоритетными направлениями педагогических усилий в рамках обучения будущих юристов межкультурной профессиональной коммуникации¹¹.

Такой подход к решению лингводидактических задач значительно снизит риск межкультурной интерференции, а также обращения к ложным стереотипам; будет способствовать расширению профессионального кругозора, а как результат — более конкретному определению места правовых культур России и КНР на правовой карте мира.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Большой юридический словарь // URL : <https://juridical.slovaronline.com/>.
2. Буденная С. Ю. К проблеме использования английского языка как LinguaFranca профессионального общения юристов в XXI веке // Вестник Московского государственного лингвистического университета. Образование и педагогические науки. — 2019. — № 4 [833]. — С. 29—40.

¹⁰ Спирин М. Ю. Сравнительное правоведение : учебное пособие. Самара : Изд-во «Самарский университет», 2016. 80 с.

¹¹ Яроцкая Л. В. «Диалог смыслов» в межкультурном правовом пространстве как актуальный объект освоения // Вестник Московского государственного лингвистического университета. Гуманитарные науки. 2018. № 17 [815]. С. 204—211.

3. Буденная С. Ю. К проблеме обучения Lingua Franca с позиций разных правовых культур // Вестник Московского государственного лингвистического университета. Образование и педагогические науки. — 2020. — Вып. 4 (837). — С. 60—70.
4. Доу Кэюнь. Юридическая лингвистика как научный предмет в Китае // Юрислингвистика. — 2007. — № 8.
5. Краткий обзор китайского права // URL: https://www.mk-law.ru/delyus-znaniyami/knowledge_16.html.
6. Науменко Т. В., Морозова Д. А. Теория межкультурных измерений Г. Хофстеде как методологическая основа исследования современных социальных процессов // Международный журнал исследований культуры. — 2018. — № 1 (30). — С. 144—154.
7. Спирин М. Ю. Сравнительное правоведение : учебное пособие. — Самара : Изд-во Самарский университет, 2016. — 80 с.
8. Трощинский П. В. Правовая система Китайской Народной Республики: становление, развитие и характерные особенности // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2015. — № 5. — С. 99—117.
9. Яроцкая Л. В. «Диалог смыслов» в межкультурном правовом пространстве как актуальный объект освоения // Вестник Московского государственного лингвистического университета. Гуманитарные науки. — 2018. — № 17 (815). — С. 204—211.
10. Black's Law Online Dictionary // URL :<https://alegaldictionary.com>.
11. 李行健 现代汉语规范词典 // 北京: 外语教学与研究出版社, 语文出版社, 2004.

При использовании опубликованных в ежегоднике материалов
ссылка на «Юридическую науку в Китае и России» обязательна.
Перепечатка допускается только по согласованию с редакцией.
Точка зрения редакции не всегда совпадает с точкой зрения авторов публикаций.

Юридическая наука в Китае и России
Ежегодник
№ 4/2021

Периодическое печатное издание, журнал.
Издается с 2017 года, выходит 1 раз в год.

Учредитель:
Московский государственный юридический
университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
Издатель:
Московский государственный юридический
университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору в сфере связи,
информационных технологий и массовых коммуникаций:

ПИ № ФС 77-66562 от 21.07.2016.

Основные языки журнала: русский, китайский, английский.

© Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2021

Входит в электронную библиотеку EBSCO.

Адрес редакции: 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.
Тел.: (499) 244-88-88 (доб. 687).

Редактор *Л. А. Мункуева*
Корректор *А. Б. Рыбакова*
Компьютерная верстка *Д. А. Беляков*

Объем: 22,00 усл. печ. л., формат 60×84/8. Подписано в печать 02.09.2021
Гарнитура «Charter». Печать цифровая.
Бумага офсетная. Тираж 150 экз.

Отпечатано в Издательском центре
Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

